

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

BRUNA PINOTTI GARCIA

**ÉTICA NA *INTERNET*: UM ESTUDO DA AUTODISCIPLINA MORAL
NO CIBERESPAÇO E DE SEUS REFLEXOS JURÍDICOS**

MARÍLIA
2013

BRUNA PINOTTI GARCIA

ÉTICA NA *INTERNET*: UM ESTUDO DA AUTODISCIPLINA MORAL NO
CIBERESPAÇO E DE SEUS REFLEXOS JURÍDICOS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM (área de concentração: Teoria do Direito e do Estado; linha de pesquisa: construção do saber jurídico), como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador:
Prof. Dr. MÁRIO FURLANETO NETO

MARÍLIA
2013

Garcia, Bruna Pinotti

Ética na *Internet*: um estudo da autodisciplina moral no ciberespaço e de seus reflexos jurídicos / Bruna Pinotti Garcia; orientador: Mário Furlaneto Neto. Marília, SP: [s.n.], 2013.

340 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2013.

1. Ética 2. Direito eletrônico 3. Conflitos de princípios 4. Autodisciplina no ciberespaço 5. Direito e autorregramento na *Internet*.

CDD: 340.0285



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Reconhecido pela Portaria MEC nº 1077, de 13 de setembro 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestranda: Bruna Pinotti Garcia

Título: “Ética na Internet: um estudo da autodisciplina moral no ciberespaço e de seus reflexos jurídicos”.

Linha de Pesquisa: Construção do Saber Jurídico.

Aos 28 (vinte e oito) dias do mês de fevereiro de dois mil e treze, com início às 8h, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores: Dr. Mário Furlaneto Neto, orientador (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM), Dr. Lafayette Pozzoli (docente do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM) e Dr. Marcos Luiz Mucheroni (docente da USP - Universidade de São Paulo – São Paulo/SP), arguiu a candidata, tendo a examinada sido aprovada, com nota 10,0 (dez). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora. Aprovada com louvor e distinção.

Observações:

Nos termos do art. 59, do Regulamento, o mestrando aprovado terá 30 (trinta) dias, após a defesa, para encaminhar, ao programa, 2 (dois) exemplares revisados de sua dissertação, conforme modelos e formatos fornecidos pelo programa e uma versão digital.

BANCA EXAMINADORA:

PROF. DR. MÁRIO FURLANETO NETO (Orientador) _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM)

PROF. DR. MARCOS LUIZ MUCHERONI _____
(IES: USP - Universidade de São Paulo – São Paulo/SP)

MESTRANDA: BRUNA PINOTTI GARCIA _____

Marília, 28 de fevereiro de 2013

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM



A todos amigos e familiares que me apoiaram durante a elaboração deste trabalho.

Sem vocês não teria sido possível.

AGRADECIMENTOS

Ao Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, minha casa acadêmica na qual esta pesquisa se desenvolveu por todos estes anos, da iniciação científica ao Mestrado, pela presteza e confiabilidade de seus funcionários e de seus serviços como um todo.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, que fomentou o presente estudo, e à Comissão de Bolsistas do Mestrado em Direito do UNIVEM, que confiou no meu trabalho pela atribuição da bolsa sem a qual este projeto não se realizaria.

Aos professores do Mestrado em Direito do UNIVEM, pelo conhecimento repassado que me propiciou um amadurecimento intelectual que superou minhas melhores expectativas; a Taci e Leninha, as secretárias mais pacientes e atenciosas que já existiram.

Ao meu orientador Mário Furlaneto Neto, pelos vínculos de amizade e confiança cultivados, pelas inúmeras sugestões e pelas parcerias bem sucedidas na produção acadêmica.

Aos professores que orientaram as bases deste projeto: meu orientador de iniciação científica Lafayette Pozzoli e meu orientador de TC Luís Henrique Barbante Franzé.

A todos os parceiros de produção acadêmica, que somaram suas ideias às minhas e me ajudaram a melhorar este estudo.

Ao André, prezado amigo, que não contente em sugerir obras úteis para este trabalho também as disponibilizou e me auxiliou nas traduções: sua ajuda foi inestimável, este trabalho também tem um pouco a sua cara.

A Deus, que me deu o dom da vida e da paixão pelo conhecimento, que perdoa meus erros e me conduz a uma vida melhor na plenitude de sua graça.

À minha mãe Rosana, pela amizade e presença, pelos incentivos sem medida, por ter me ensinado a amar a busca pelo saber. Ao meu pai Edson, pelo carinho e por fazer tudo que está ao seu alcance pela nossa família. Enfim, a ambos, pelo apoio incondicional, por serem meus espelhos de vida, por nunca me deixarem desistir.

Aos meus avós Manoel, Carolina e Maria Aparecida, em nome dos quais agradeço aos demais familiares que se fazem sempre presentes, com palavras e gestos de amor.

Aos meus velhos e bons amigos, que suportaram minha ausência e meu humor instável nos últimos dois anos, além de me servirem com bons conselhos e com o afeto de sempre: Cíntia, Tamyris, Laís, Natália, Flávia, Cuts, Rodrigo, Talita, Carol e Bella. Aos novos amigos conquistados nesta jornada, os quais ganharam minha estima e consideração eternos: Cássio, Arnaldo e André.

A todos vocês, meus inestimáveis agradecimentos.

"Toda mudança é uma ameaça à estabilidade. Esta é outra razão que nos torna pouco propensos a utilizar invenções novas. Toda descoberta da ciência pura é potencialmente subversiva: até a ciência deve, às vezes, ser tratada como um inimigo possível."
(Aldous Huxley, em *Admirável Mundo Novo*)

"Pensou que as únicas características indiscutíveis da vida moderna não eram sua crueldade e a falta de segurança, mas simplesmente sua precariedade, sua indignidade, sua indiferença".
(George Orwell, em 1984)

*"Não serei o poeta de um mundo caduco.
Também não cantarei o mundo futuro.
Estou preso à vida e olho meus companheiros.
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças.
Entre eles, considere a enorme realidade.
O presente é tão grande, não nos afastemos.
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas."*
(Carlos Drummond de Andrade, em *Sentimento do mundo*)

GARCIA, Bruna Pinotti. *Ética na Internet*: um estudo da autodisciplina moral no ciberespaço e de seus reflexos jurídicos. 2013. 340 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

RESUMO

As novas tecnologias alteraram substancialmente o modo de vida em sociedade, inclusive proporcionando a releitura de ditames éticos. Se tomadas suas origens, não se imaginava que a *Internet* passaria a ser um recurso essencial, ou pelo menos um facilitador considerável, nas atividades cotidianas em todas as esferas. Aos poucos, o ciberespaço despontou como uma ordem social autônoma, na qual as regras de justa conduta são criadas e impostas pelos próprios envolvidos no grupo social, no que se pode designar como autodisciplina ou autorregramento ou autorregulamentação. Não significa que esta ordem fique alheia às sanções estatais organizadas porque toda ordem social autônoma relevante produz reflexos na ordem jurídica regular. Além do mais, os mesmos ditames éticos consagrados em sociedade servem de elemento para o estabelecimento das regras vigentes na ordem predominantemente autodisciplinar. Deste contexto se extrai o objetivo geral da pesquisa, qual seja o de averiguar os fundamentos, a validade e o conteúdo da autodisciplina enquanto modo de regulamentação das diretrizes éticas no ciberespaço, determinando se ela é, por si só, suficiente e eficaz para dirimir conflitos, considerados inclusive os seus respectivos reflexos jurídicos. Para tanto, divide-se o trabalho, que se encaixa na linha de pesquisa construção do saber jurídico, em quatro capítulos. O primeiro aborda a evolução do conceito de ética perante os momentos jurídico-constitucionais mais marcantes, colacionando filósofos centrais dentro de cada período histórico e chegando ao estudo da nova hermenêutica constitucional. Após, estuda-se a evolução das mídias, a *Internet* em termos estruturais e históricos e as características que transformam esta nova tecnologia num meio de comunicação e informação sem precedentes. No terceiro capítulo adentra-se na compreensão da autodisciplina na *Internet* sob os aspectos conceitual, justificativas, validade, ação esperada dos entes sociais e verificação do cumprimento do conteúdo ético. Por fim, o quarto capítulo traz um estudo sobre como a ordem social autônoma do ciberespaço pode coexistir com a ordem organizada do Direito, passando pela análise do dever de todos os entes sociais, inclusive o Estado. É adotado o método hipotético-dedutivo para testar a hipótese, que ao final resta comprovada, de que - apesar das particularidades das novas tecnologias - um olhar atento ao conceito de ética e aos modos de exteriorização das leis éticas proporciona a compreensão de que uma boa maneira de regulamentação do ciberespaço é o reforço da autorregulamentação, sem perder de vista a necessária coexistência com o Direito face aos reflexos jurídicos que esta autodisciplina proporciona.

Palavras-chave: Ética. Direito eletrônico. Conflitos de princípios. Autodisciplina no ciberespaço. Direito e autorregramento na *Internet*.

GARCIA, Bruna Pinotti. **Ethics on the Internet**: a study of the moral self discipline in the cyberspace and of its legal reflexes. 2013. 340 f. Thesis (Master of Law) – University Center Eurípides de Marília, Foundation education “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

ABSTRACT

The new Technologies have altered substantially the life style in our society, even allowing the reinterpretation of the ethics parameters. If taken in its origins, was impossible imagine that the internet would become a essential resource, or at least a considerable tool of facilitate all the daily activities. Bit by bit, the cyberspace have emerged as a autonomous social order, where the rules of the right conduct are made and imposed by the social group itself, in what can be designated as self-ruling. It does not mean that the statal organized society stays indifferent to this new autonomous order, because every aspect that its juridically relevant in the second reflex in the first one. Besides that, the same ethical parameters consecrated in the regular society serves as an inspiration to establish the rules to be valid in the predominant self ruling order. From this context its possible extract the general purpose of this research, to verify the fundaments, the validity and the content of the self-ruling as a type of regulate method of the ethical directives in cyberspace, determining if it is, by itself, sufficient and efficient to resolve conflicts, including the juridical reflexes that emerge from that resolved conflicts. This work, that fits in the line of research of legal knowledge construction, is divided in four chapters: the first one treat the evolution of the concept of ethics in each one of the most remarkable constitutional and juridical moments, comparing the central philosophic figures of each historical period and getting to the study of the new constitutional hermeneutic. After that, the study is leaded to analyze the evolution of the Medias, the Internet in its structural and historical terms as well as the characteristics that transform this new technology in a communication and information method never seen before. The third chapter lies on the comprehension of self-ruling on the Internet, under the aspects of conceptualization, justification, validity, expected action of the social been and verification of the fulfilling of the ethical contempt. At last, the fourth chapters brings the study about how the autonomous social order in the cyberspace can coexist with the traditional social order derived of Law, passing through the obligations of all the social beens, the State included. Its adopted the hypothetical-deductive method to test this hypothesis, that despite of the particularities of the new technologies, a careful look to the concept of ethics and to the ways of exteriorization of the ethical laws, provide a comprehension that a good way of regulamentation of the cyberspace is the reinforcement of self-ruling, without ignore the necessary coexistence with the traditional law in face of the juridical reflexes that this self-ruling can promote. In the end the hypothesis turns to be comproved.

Key Words: Ethic. Electronic law. Conflicts of principles. Self discipline in the cyberspace. Law and self-ruling in the Internet.

GARCIA, Bruna Pinotti. *Ética en la Internet*: un estudio de la auto disciplina moral en el ciberespacio y de sus reflejos jurídicos. 2013. 340 f. Disertación (Master en Derecho) – Centro Universitario Eurípides de Marília, Fundación para la Educación “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

RESUMEN

Las nuevas tecnologías han alterado sustancialmente la forma de vida en sociedad, incluso proporcionando la relectura de principios éticos. Si tomadas sus orígenes, no se imaginaba que la *Internet* pasaría a ser un recurso esencial o al menos un facilitador considerable en las actividades cotidianas en todas sus esferas. Poco a poco, el ciberespacio he surgido como una orden social autónoma, en la cual las reglas de justa conducta son criadas e impostas por propios envueltos en el grupo social, en lo que se puede designar como autodisciplina o auto reglamento o auto reglamentación. No significa que esta orden se quede ajena a las sanciones estatales organizadas porque toda la orden social autónoma pertinente produce reflejos en la orden jurídica regular. Por otra parte, los mismos principios éticos consagrados en sociedad sirven de elemento para el establecimiento de las reglas vigentes en la orden predominantemente auto disciplinar. De este contexto se extrae el objetivo general de la pesquisa, cual sea lo de averiguar los fundamentos, la validez y el contenido de la auto disciplina en cuanto modo de reglamentación de las directrices éticas en el ciberespacio, determinando si ella es, por si sola, suficiente y eficaz para resolver conflictos, considerados inclusive sus respectivos reflejos jurídicos. Para tanto, dividiere el trabajo, que cabe en la línea de investigación de la construcción del conocimiento jurídico, en cuatro capítulos. El primero aborda la evolución del concepto de ética delante los momentos jurídicos constitucionales más importantes, comparando filósofos centrales dentro de cada periodo histórico y llegando al estudio de la nueva hermenéutica constitucional. Después, estudiare la evolución de los medios de comunicaciones, la *Internet* en condiciones estructurales, e históricos y las características que transforman esta nueva tecnología en un medio de comunicación e información sin precedentes. En el tercero capítulo entrare en la comprensión de la auto disciplina en la *Internet* bajo los aspectos conceptualización, justificativas, validez, acción esperada de los entes, sociales y verificación del cumplimiento del contenido ético. Por ultimo, el cuarto capítulo trae un estudio sobre como la orden social autónoma del ciberespacio puede coexistir con la orden organizada del Derecho, pasando por la análisis del deber de todos los entes sociales, incluso el Estado. Es adoptado el método hipotético deductivo para testar la hipótesis, que al final resta comprobada, de que - a pesar de las particularidades de las nuevas tecnologías - una mirada más atenta al concepto de ética y a los modos de exteriorización de las leyes éticas proporciona la comprensión de que una buena manera de reglamentación del ciberespacio es el refuerzo de la auto reglamentación, sin perder de vista la necesaria coexistencia con el Derecho delante a los reflejos jurídicos que esta auto disciplina proporciona.

Palabras clave: Ética. Derecho electrónico. Conflictos de los principios. Auto disciplina en el ciberespacio. Derecho y auto reglamento en la *Internet*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ÉTICA E OS MOMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS MAIS MARCANTES	18
1.1 Direito natural e a intrínseca relação Moral-Direito num conceito unificado de Ética.....	19
1.1.1 Civilização grega e a discussão ética na <i>polis</i>	20
1.1.2 Civilização romana e a discussão ética na jovem república.....	26
1.1.3 Idade Média e a discussão ética no cristianismo	30
1.2 Renascimento e o distanciamento da relação Moral-Direito com a bifurcação do conceito de Ética	36
1.3 Início da Idade Contemporânea e algum resgate do conteúdo moral no Direito como reflexo do Iluminismo	39
1.4 Ascensão dos regimes totalitários e a sua respectiva base jurídica positivista.....	45
1.5 A derrota do positivismo no período pós-guerra e a retomada do conteúdo moral no Direito pelo humanismo	52
1.6 Neoconstitucionalismo e os rumos da questão ética no Direito	58
1.6.1 Positivização dos direitos naturais: princípios como mero conteúdo diretivo	59
1.6.2 Nova hermenêutica constitucional e a normatização dos princípios.....	62
1.6.2.1 Arcabouço ético dos direitos fundamentais.....	66
1.6.2.2 Eficácia irradiante dos direitos fundamentais.....	69
CAPÍTULO 2 - A <i>INTERNET</i> E AS DIRETRIZES ÉTICAS PARA OS PRINCIPAIS CONFLITOS NO CIBERESPAÇO	71
2.1 Pressupostos históricos da <i>Internet</i> : a sociedade e as mídias	73
2.2 Conceito, funcionamento, origens e assimilação social da <i>Internet</i>	76
2.3 Dinâmica da rede e sua influência na questão ética no ciberespaço	81
2.3.1 Fluxo de informações intenso e mutável	83
2.3.2 Relativização dos conceitos de espaço e tempo: desterritorialização.....	86
2.3.3 Intensificação das modalidades de relações pessoais.....	89
2.3.4 Democratização, autonomia e liberdade.....	93
2.4 Colisões de princípios na <i>Internet</i> e a Ética como base de solução	98
2.4.1 Limites éticos ao exercício do direito à liberdade na rede	104
2.4.2 Limites éticos ao exercício do direito à privacidade na rede.....	110
2.4.3 Limites éticos ao exercício dos direitos de personalidade na rede.....	116
2.4.4 Limites éticos ao exercício do direito à propriedade de bens e valores na rede.....	122
2.4.5 Limites éticos ao exercício do direito à propriedade intelectual na rede.....	127
2.4.6 Limites éticos ao exercício do direito à segurança jurídica na rede	134
CAPÍTULO 3 - AUTODISCIPLINA MORAL NA <i>INTERNET</i>	142
3.1 Primeiras linhas sobre a autodisciplina na <i>Internet</i>	144
3.2 Justificativas para um predomínio da autodisciplina no ciberespaço.....	150
3.3 Validade de um autorregramento na rede.....	161
3.4 Agir esperado dos entes sociais num autorregramento no ciberespaço.....	167
3.5 Consequências do respeito ao conteúdo autodisciplinar	175
3.6 Verificação de casos pontuais atestando a existência de uma autodisciplina eletrônica..	181

CAPÍTULO 4 - AUTORREGULAMENTAÇÃO NA <i>INTERNET</i> E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS.....	206
4.1 Do dever dos entes sociais.....	207
4.1.1 Do dever dos internautas	213
4.1.2 Do dever das pessoas jurídicas mantenedoras da rede	221
4.1.3 Do dever da sociedade e das demais pessoas jurídicas	227
4.2 Do dever do Estado	230
4.2.1 Poder Executivo: atuação do Comitê Gestor da <i>Internet</i> no Brasil.....	238
4.2.2 Poder Legislativo: desempenho da atividade normativa no ciberespaço	241
4.2.3 Poder Judiciário: decisões baseadas na nova hermenêutica constitucional.....	262
4.2.3.1 Punição por crimes cibernéticos e a questão do meio de execução.....	267
4.2.3.2 Incorporação de novas tecnologias na esfera trabalhista.....	274
4.2.3.3 Violação de direitos de propriedade intelectual	283
4.2.3.4 Responsabilidade civil dos internautas por danos via <i>Internet</i>	285
4.2.3.5 Responsabilidade civil das mantenedoras na <i>Internet</i>	287
4.2.3.6 Entre a liberdade e a segurança jurídica	298
4.3 Da interação entre público e privado.....	304
CONSIDERAÇÕES FINAIS	307
REFERÊNCIAS	316

INTRODUÇÃO

Qualquer trabalho que pretenda efetuar um estudo ético tende a ser denso e complexo e o presente não poderia ser uma exceção. Talvez por isso muitos sejam os que fujam dos estudos de base axiológica, com receio de se perderem nos inúmeros conceitos e nas premissas que parecem ao mesmo tempo se assemelhar e se contradizer. A razão destas polémicas subsiste na inegável base fundante da sociedade que se encontra na Ética. Se desde as premissas sociais os valores éticos já se mostravam presentes, natural que desde aquela época muito se discutisse a respeito, cada vez sob um foco histórico diverso, mas geralmente adotando valores semelhantes enquanto ponto de partida teórico. Independentemente de rigores filosóficos, não há dúvidas de que a Ética é força motriz da vida social, motivo pelo qual a compreensão de qualquer fenómeno sem considerá-la será falha e insuficiente.

Não importa, então, o quanto a sociedade evolua, o quanto ganhe em técnica e nem o quanto as fronteiras espaciais e temporais sejam rompidas: a Ética sempre fundamentará o convívio entre as pessoas humanas e, inclusive, a estrutura das instituições sociais privadas ou públicas. Logo, mesmo que as mudanças tecnológicas tenham chegado para ficar, alterando os modos de relacionamentos em geral, os preceitos éticos permanecem como elementos base para a boa convivência em sociedade. Não significa que violações a estes ditames não existam, mas quando um valor social base é violado ele não perde a sua validade, acarretando sanção àquele que o desrespeitou.

Hoje em dia, tem-se uma sociedade que se denomina como informacional. Nesta sociedade da informação, barreiras culturais, territoriais, temporais e outras são diuturnamente quebradas, de forma que paradigmas que se consolidaram durante toda a história da humanidade perdem força de maneira substancial. Num cenário altamente globalizado, no qual a transnacionalidade e o multiculturalismo se tornam marcos, e informatizado, onde a informação adquire um crescente carácter fundamental, surgem como necessidades o intenso cumprimento dos preceitos éticos e a consequente diminuição de violações a eles, face à maior dificuldade de controle estatal e à assunção individual das capacidades autônomas.

Fora do contexto em que atualmente se vive, a individualidade foi constantemente desprezada, ficando a pessoa humana relegada à condição de massa. Somente na era da informatização foi possível um resgate da autonomia individual, notadamente devido à ampliação dos limites ao exercício do direito à liberdade. Antes disso, o Estado era a força única de poder, controlando todos os que se submetessem à sua soberania. Nem sempre foi

assim, posto que de início existiam os diversos grupos sociais nos quais o controle partia dos próprios indivíduos, mas este modelo impedia a centralização e até mesmo dificultava a garantia de segurança dos grupos mais fracos e menos consolidados.

O Estado veio então como alternativa centralizadora, tomando para si o poder de dizer e aplicar o Direito vedando deste modo a autotutela, o que equipararia todos aqueles que vivem em sociedade. Em contrapartida, a morte do indivíduo se tornou uma característica do modelo centralizador de poder, posto que para manter os interesses desta intensa força estatal não era recomendável fornecer o espaço para desenvolvimento das individualidades. Se perdeu em autonomia, se ganhou em segurança.

Se esperava que o modelo de Estado Democrático de Direito adotado nas sociedades mais evoluídas a partir das Revoluções Americana e Francesa alterasse substancialmente a situação do indivíduo que nelas viviam. Contudo, em termos de efetiva participação do cidadão nas decisões estatais pouco se mudou: no cenário absolutista antidemocrático não se fazia questão nenhuma de garantir tal possibilidade, no cenário democrático tal possibilidade foi mascarada numa representatividade indireta.

De início, se pretendeu um modelo de garantia das liberdades e individualidades, mas com o passar dos tempos o clamor por políticas paternalistas predominou, de modo que o Estado enquanto assistente dos menos favorecidos priorizando direitos de igualdade pouco a pouco minou a liberdade individual, ficando os direitos de primeira dimensão relegados a um plano menos favorecido nos Estados Democráticos de Direito. Não que políticas pela igualdade material não sejam necessárias, o problema envolve o esquecimento de que existem direitos inerentes à autonomia individual tão relevantes quanto os que as envolvem.

Parecia que nada mudaria este quadro que preponderou por muitas décadas e que ainda se faz presente em alguns países, embora com menor força. Então, vieram os computadores e as redes de conexão, criando novas expectativas globais. Aos poucos, as novas tecnologias foram incorporadas ao cotidiano social até que se chegasse a um contexto em que elas passaram a ser essenciais - ou ao menos facilitadoras consideráveis - para as atividades mais comuns praticadas por todos os entes sociais, indivíduos ou instituições.

Entre tais tecnologias que vieram para alterar substancialmente a vida em sociedade destaca-se a *Internet*, considerada o meio de comunicação mais revolucionário que já surgiu. Em suas origens de cunho estritamente militar e acadêmico, não se imaginava que seria possível atingir um número tão grande de pessoas conectadas. Não foi preciso esperar muito para ver que depois da rede mundial de computadores a sociedade não seria a mesma, tendo em vista que nunca antes na história um meio de comunicação cresceu tão rápido e atingiu

tantos usuários. Na qualidade de meio de comunicação, a *Internet* propiciou novas estruturas de relacionamentos, interagindo pessoas ao redor do globo num constante fluxo de informações, contexto este que permitiu uma retomada da autonomia individual no sentido de que cada um passou a querer participar diretamente do que seria dito e lido em sociedade.

Tamanha sua influência, a rede não poderia ser apenas mais um elemento dentro da ordem organizada do Direito, ora controlada com certa facilidade pelo Estado e vigente no plano físico da vida cotidiana. De repente, se percebeu que o ciberespaço possuía em si um caráter autônomo, de tal modo que permitia a formação de uma ordem social autônoma coexistente com a ordem organizada estatal. Foram raras as vezes em que um fenômeno social adquiriu tantos elementos estruturadores que deu origem a uma ordem social autônoma coexistente - jamais independente - com a ordem jurídica: positivamente, destaca-se a economia, negativamente, impossível deixar de lado as estruturas do crime organizado. Sempre que se forma uma ordem desta natureza fica perceptível um ponto de tensão na coexistência entre o Estado e o grupo social autônomo.

Se o Estado pudesse interferir de forma irrestrita nas ordens sociais autônomas, como usualmente faz no plano físico da vida social muitas vezes sem que se perceba, não haveria ponto de tensão algum. Contudo, ordens como esta tendem a afastar a ingerência estatal, utilizando como mecanismo substitutivo para a regulamentação - já que não é possível deixar predominar a anarquia sob pena de tal ordem deixar de subsistir - o estabelecimento de regras de conduta entre e pelos participantes do grupo, no que se pode denominar autodisciplina, autorregramento ou autorregulamentação. Daí se extrai a temática do trabalho: a autodisciplina no ciberespaço, que deverá coexistir com a ordem organizada estatal. Afinal, por mais autônoma que possa ser, uma ordem social relevante jamais deixará de interferir no cotidiano social, sendo interesse do Estado e do Direito manter os conflitos controlados nesta.

O objetivo geral da pesquisa que será desenvolvida é averiguar os fundamentos, a validade e o conteúdo da autodisciplina enquanto modo de regulamentação das diretrizes éticas no ciberespaço, determinando se ela é, por si só, suficiente e eficaz para dirimir conflitos, considerados inclusive os seus respectivos reflexos jurídicos. Para tanto, foram estabelecidos alguns objetivos específicos, desenvolvidos no curso de quatro capítulos.

De início, para atender a dois objetivos, respectivamente o de estudar o conceito de Ética sob o aspecto subjetivo (Moral) e objetivo (Direito, no elemento justiça), além dos modos de exteriorização de suas leis fundamentais, baseando-se em obras filosóficas de uma linha humanista-realista analisadas em ordem cronológica; bem como o de compreender a posição do conceito de Moral num contexto pós-positivista, considerada a força normativa

dos princípios, o arcabouço moral dos direitos fundamentais e a eficácia irradiante destes nas relações entre particulares, tem-se o capítulo intitulado *Evolução do conceito de ética e os momentos jurídico-constitucionais mais marcantes*.

Para alinhamento histórico do capítulo são utilizados dois volumes da obra *História da Civilização Ocidental* de Burns. Concomitantemente, na compreensão do arcabouço teórico filosófico são tomadas obras para cada período histórico de quebra constitucional: *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, *Antígona* de Sófocles, *Da República* de Cícero, *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino, *O Príncipe* de Nicolau Maquiavel, *Crítica da Razão Prática* e *Doutrina do Direito* de Immanuel Kant, *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen e *Humanismo Integral e A Lei Natural e os Direitos do Homem* de Jacques Maritain.

A partir do último ponto de ruptura correspondente à derrota do positivismo no pós-guerra passam a ser feitas referências aos direitos humanos e ao direito constitucional, tanto mediante menção das normas que os exteriorizam quando por meio de literatura específica da filosofia do direito e do direito constitucional, por exemplo, *A Reconstrução dos Direitos Humanos* de Celso Lafer, *Interpretação e Aplicação da Constituição* de Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional* de Paulo Bonavides, entre outras.

Percebe-se a proposta de compreensão global do tema Ética, passando por teóricos de períodos históricos significativos, de modo a proporcionar uma compreensão dos elementos fundantes do direito constitucional que tanto o aproximam do elemento justiça esperado pela vertente ética do Direito. Devido a tal aproximação, permite-se compreender porque há uma compatibilidade geral entre a conduta dos indivíduos e os princípios fundamentais vigentes no Estado Democrático de Direito. Ademais, predomina a utilização de pesquisa bibliográfica, com algumas ingerências de pesquisa documental.

No capítulo seguinte, intitulado *A Internet e as diretrizes éticas para os principais conflitos no ciberespaço*, toma-se em foco os objetivos específicos de averiguar os principais aspectos fáticos da *Internet*, principalmente conceito, contexto histórico e características, delimitando as particularidades do meio; além de estabelecer e analisar os conflitos centrais que ocorrem no uso da *Internet* (v.g., entre o direito de liberdade e os direitos de privacidade, personalidade e propriedade intelectual; entre o direito de vigilância e o dever de garantia de segurança dos Estados e a esfera de liberdade do indivíduo), expondo as diretrizes éticas que vêm se estabelecendo na rede para solucioná-los.

Considerada a vertente do presente trabalho de compreensão de um modo de regulamentação fundado na autonomia e na liberdade individual que é a autodisciplina, tomam-se duas obras literárias que refletem duas premissas fundantes de tal ideia: a

possibilidade de que a técnica venha para desumanizar o homem dizimando a sua individualidade e a viabilidade do uso de novas tecnologias para incutir o medo de punição por não se pensar de acordo com o que o Estado pretende mediante o exercício da vigilância constante, sendo elas respectivamente *Admirável Mundo Novo* de Aldous Huxley e *1984* de George Orwell. O que se pretendeu com o uso de obras literárias foi encontrar um relato consistente a respeito das possibilidades futuras decorrentes da má utilização das novas tecnologias, o que é incomum na literatura jurídica, filosófica ou computacional. Por isso, elas estruturam todas análises feitas no segundo capítulo.

Por sua vez, na primeira parte do capítulo inicia-se com um estudo da evolução das mídias, passa-se pela compreensão da *Internet* em termos estruturais e históricos e, por fim, a partir de considerações sobre o dinamismo da rede e dos reflexos éticos dele resultantes são estudadas as características que transformam esta nova tecnologia num meio de comunicação e informação sem precedentes históricos. Já na segunda parte do capítulo, visando permitir a compreensão da compatibilidade entre diretivas morais e jurídicas estuda-se o arcabouço moral nos direitos fundamentais, principalmente com o uso da teoria dos princípios de Robert Alexy; preconizando deste ponto em diante quais são as diretivas de ação ética que despontam na rede mundial de computadores limitando direitos fundamentais.

Os teóricos utilizados são variados, da teoria informacional Pierre Lévy, Marcos Mucheroni, Hal Abelson, Ken Ledeen, Harry Lewis; da sociologia Manuel Castells; do direito eletrônico Henrique Gandelman, Liliana Paesani, Patrícia Peck, Aires José Rover, Mário Furlaneto Neto, José Eduardo Lourenço dos Santos, Lafayette Pozzoli, Davara Rodríguez, Pérez Luño; das ciências da computação James Kurose e Keith Ross; entre outras. Ainda, são mencionadas notícias e *sites* da rede que circundem algumas das temáticas colacionadas. Logo, adota-se também aqui a pesquisa bibliográfica, mesclando estudo de casos e da legislação vigente.

No terceiro capítulo inicia-se a compreensão da temática central da pesquisa, que é a autodisciplina na *Internet*, em especial a de vertente moral, que mais se aproxima do elemento axiológico do Direito que é o justo, isto é, a autodisciplina costumeira é mencionada mas não tomada como foco principal. No decorrer do capítulo busca-se compreender o que é a autodisciplina e o que significa sua presença no ciberespaço, estudar sob o viés das características da rede como que a autodisciplina se firmou como uma tendência na *Internet*, debater a validade desta tendência e expor genericamente o que seria o agir esperado dos entes sociais envolvidos neste contexto. A base para tal discussão é bastante teórica e, por ser um tema pouco estudado, buscou-se obras que tratassem de uma ordem social autônoma - na

qual predomina a autodisciplina - consolidada no seio social que é a economia, notadamente *Lei, Legislação e Liberdade* de Friedrich Hayek e *Autoridade e o Indivíduo* de Bertrand Russel. Também foram colacionadas as menções na literatura de direito eletrônico e de teoria informacional sobre a autodisciplina na *Internet*, em obras já utilizadas no segundo capítulo.

Contudo, a parte principal do terceiro capítulo não se baseia em pesquisa bibliográfica, mas no levantamento de casos perceptíveis na rede mundial de computadores, seja em cartilhas específicas, seja em termos de privacidade, seja em pesquisas sobre o funcionamento de *sites*, seja em notícias. Tal levantamento visa proporcionar ao leitor a compreensão sobre o real atendimento - total ou parcial - do conteúdo autodisciplinar que tem se firmado no ciberespaço.

Por fim, o último capítulo do trabalho, denominado *Autorregulamentação na Internet e seus reflexos jurídicos* traz um estudo sobre como a ordem social autônoma do ciberespaço pode coexistir com a ordem organizada do Direito. Assim, tem como objetivos apurar os deveres do Estado e dos demais entes sociais para com a manutenção da autodisciplina na rede, destacar o dever jurídico da sociedade como um todo neste âmbito e colacionar decisões dos tribunais brasileiros e projetos de lei que exteriorizem tais aspectos.

Parte-se da análise da necessária coexistência entre ordens sociais autônomas e a ordem organizada do Direito, apurando na primeira parte do capítulo o dever jurídico dos entes sociais em geral, como internautas e pessoas jurídicas atuantes ou não na rede mundial de computadores, para na segunda parte estudar o dever jurídico do Estado, em todos seus poderes. Aliás, quando do estudo do dever estatal, foca-se para o Executivo a atuação do Comitê Gestor da *Internet* no Brasil, para o Legislativo alguns projetos de lei em andamento ou aprovados e para o Judiciário nas decisões dos tribunais superiores baseadas em hermenêutica constitucional para solucionar conflitos na rede mundial de computadores.

São utilizadas obras de economia e direito constitucional já mencionadas nos capítulos anteriores, com destaque para a teoria da eficácia irradiante dos direitos fundamentais na primeira parte do capítulo mediante uso da obra *A constitucionalização do Direito* de Virgílio Afonso da Silva e outros artigos jurídicos, e para o estudo das limitações da ingerência estatal na sociedade informatizada notadamente pelas obras de Russel e Hayek. Com efeito, utiliza-se pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Em relação à abordagem do problema, trata-se de pesquisa qualitativa, dada a complexidade do estudo e a necessidade de integração entre as variáveis existentes. No tocante ao objetivo geral, a pesquisa é exploratória, por se voltar à busca da interligação dos problemas suscitados, tornando-os explícitos com a análise sistemática de informações.

Segundo as bases lógicas de investigação, trata-se de pesquisa a ser desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, consistente no raciocínio de: apresentação dos problemas; formulação de hipótese, qual seja a de que *apesar das particularidades do ciberespaço, um olhar atento ao conceito de ética e aos modos de exteriorização das leis éticas proporcionará a compreensão de que uma boa maneira de regulamentação de tais leis é o reforço da autorregulamentação, sem perder de vista os seus respectivos reflexos jurídicos*; teste da hipótese, com a análise do material levantado sobre os assuntos em discussão, enfatizando a busca de conexões entre os aspectos teóricos e práticos estudados.

O maior desafio jurídico que se impõe na atualidade em relação à *Internet* é o de estabelecer um modo coerente de solução de controvérsias, combatendo o mau uso da rede e fazendo prevalecer a justiça, bem como adaptando o Direito ao desconhecido e às diversas e constantes mudanças na tecnologia, que não permitem o engessamento da rede. Por ser um tópico atual, o direito virtual é fonte inesgotável de produção científica, justificando-se a pesquisa para enriquecer a produção na área.

Assim, numa mescla de pesquisa teórica e prática, com base em dados eletrônicos, aliando a teoria e a tecnologia no aspecto metodológico, será possível atingir o objetivo pretendido de uma maneira inovadora e coerente, contribuindo para a sociedade que a cada dia toma novos rumos na era da informatização.

CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ÉTICA E OS MOMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS MAIS MARCANTES

A história da humanidade é marcada por diversos eventos, muitos dos quais contribuíram para o modo como o Direito passou a ser percebido em sociedade. Em geral, como se pretende estudar de início, juntamente com uma alteração na percepção do Direito, notadamente do direito constitucional, ocorreu alguma mudança na compreensão da Ética pela sociedade, embora seja inegável que um linear comum¹ se mantém desde os primórdios do estudo desta área da filosofia.

Durante certos períodos², pretendeu-se distanciar a dimensão axiológica do Direito, ou seja, negar sua intrínseca relação com o chamado mínimo ético, um núcleo do Direito que se não fosse compatível com a Moral o ilidiria de invalidade. A consequência histórica foi desastrosa, o que gerou uma reaproximação dos conceitos de Moral e Direito, algo que pode ser percebido principalmente no estudo dos direitos humanos e do direito constitucional - cujas cláusulas deixam expressos conceitos básicos da moralidade, como o respeito à esfera de direitos do outro para a garantia dos próprios direitos e a proteção da dignidade humana.

Recentemente, o próprio direito constitucional tem ganhado novos rumos no movimento conhecido como Neoconstitucionalismo ou Pós-positivismo, que prima por reconhecer a força normativa dos princípios impondo o seu cumprimento inclusive na relação entre particulares mediante a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tais conceitos têm alterado substancialmente a aplicação do Direito pelo julgador, tornando-a mais condizente com os desejos da sociedade, efetivando-se a justiça.

O presente capítulo busca estudar brevemente a evolução do conceito de Ética, analisando a incorporação do elemento axiológico ao Direito, aproximando-o da Moral aceita em sociedade. Com efeito, lança-se base ao estudo da Ética na *Internet*, que no presente abrange tanto a demonstração do que tem se entendido por agir moral na *Internet*, exteriorizado na autodisciplina como modo de regulamentação, quanto a compreensão de

¹ O presente trabalho não pretende efetuar um rigoroso estudo da filosofia, o que não permitiria atingir os seus objetivos específicos porque se estenderia numa discussão da qual só se pretende extrair elementos fundamentais. Bem se sabe que uma interpretação rigorosa sob o olhar da filosofia pura de certos conceitos filosóficos pode gerar a afirmação de que não existe uma base comum no conceito de ética. Contudo, a observância destes conceitos comparada com a construção histórico-jurídica ao longo dos tempos evidencia um linear comum. A finalidade do presente estudo é justamente apontar pontos que se aproximam entre os pensadores escolhidos para cada fase histórica, estudando a incorporação dos valores éticos pela sociedade e fundamentando o constitucionalismo contemporâneo, para os fins de compreender os reflexos jurídicos da autodisciplina moral no ciberespaço.

² Refere-se ao Renascimento, estudado neste sob o viés filosófico de Maquiavel (tópico 1.2) e, principalmente, ao período das Guerras Mundiais, marcado juridicamente pelo pensamento de Kelsen (tópico 1.4).

como o Direito, utilizando-se da nova hermenêutica constitucional, tem se adaptado às necessidades da sociedade informatizada, altamente dinâmica.

São estas questões que circundam o pretendido resgate da axiologia nas relações jurídico-sociais. Após o fenômeno espiritual da *morte de Deus*, a sociedade pós-moderna voltou-se a uma nova busca axiológica, retornando aos primeiros princípios para formular uma nova ética, na qual deve se dar tanto uma libertação das amarras dos valores de referências quanto uma intensa demanda por preceitos morais, em que consiste uma ética do razoável, de ponderação de valores e interesses (DUPAS, 2000, p. 88-90).

É relevante desvendar os acertos e os erros no processo de construção da democracia na ordem constitucional, ou seja, os momentos de incorporação e desincorporação da Moral ao Direito, permitindo que na sociedade informatizada o Direito seja aplicado da forma mais adequada possível, consubstanciando esta nova busca axiológica.

Afinal, ainda se encontra em formação a estrutura da regulamentação do ciberespaço, que abrange a flexibilidade do Direito posto e o dinamismo em sua aplicação, em detrimento, por vezes, da segurança jurídica. Trata-se de ponderação delicada, que não pode ser feita sem um olhar atento às premissas da filosofia do direito e do direito constitucional, sob pena de se incidir nos mesmos erros do passado.

1.1 Direito natural e a intrínseca relação Moral-Direito num conceito unificado de Ética

Da Grécia antiga até a Idade Média e o seu cristianismo medieval, passando também pelo Império Romano, percebe-se um conceito de Ética não bifurcado no qual não se discute uma separação entre a Moral, correspondendo ao espaço privado, e o Direito, referindo-se ao espaço público. Tal ruptura somente veio a ocorrer com o Renascimento, mas obteve certa relativização no Iluminismo, para ser novamente resgatada no Positivismo.

Um conceito muito ligado a este período, sob o aspecto jurídico-constitucional, é o do *direito natural*. Pretende-se destacá-lo durante o estudo destes três momentos em separado, quais sejam Grécia antiga, Idade Média e Cristianismo, juntamente com apontamentos filosóficos e históricos, sem deixar de considerar sobre as diferenças mais perceptíveis entre tais períodos.

Nos 3 subtópicos a seguir, busca-se responder a três questionamentos, considerando a relevância temática para o presente: a) em que consiste a lei natural para tal momento histórico; b) se em tal período acredita-se num agir moral; c) abordando em quais atitudes e

sentimentos se verifica o agir moral, se há uma ligação entre a concepção de justiça (lei natural) e Moral, delimitando o conteúdo moral do Direito à época e a influência deste pensamento na sociedade contemporânea.

Afinal, com base no conceito de direito natural que futuramente foram previstos expressamente os direitos humanos no âmbito internacional, o que fundamentou a intensa mudança no constitucionalismo contemporâneo, num processo de incorporação e valorização.

Expõe Lafer (2009, p. 16) sobre o conceito de direito natural:

o direito natural se contrapõe ao direito positivo, localizado no tempo e no espaço, e funciona, neste paradigma, como um ponto de Arquimedes para a análise metajurídica: tem como pressuposto a idéia [sic] de imutabilidade de certos princípios, que escapam à história, e a universalidade destes princípios transcendem a geografia. A estes princípios, que são dados e não postos por convenção, os homens têm acesso através da razão comum a todos, e são estes princípios que permitem qualificar as condutas humanas como boas ou más - uma qualificação que promove uma contínua vinculação entre norma e valor e, portanto, entre Direito e Moral.

Com efeito, o cenário atual da Moral social e do Neoconstitucionalismo muito deve às premissas lançadas no momento em que a Ética era vista de modo unificado, na qual o Direito era tratado como um direito natural, ligado ao aspecto moral da Ética. Em decorrência disso, vislumbra-se uma reaproximação da Moral e do Direito na atualidade, o que permitiria a compreensão de reflexos relevantes nos modos de regulamentação do ciberespaço - questão ainda em formação, preponderando por ora a autodisciplina e a flexibilização normativa.

1.1.1 Civilização grega e a discussão ética na *polis*

Neste ponto, pretende-se discutir como Moral e Direito eram vistos pela civilização grega, sem embargo no tratamento de alguns aspectos históricos e literários. Entre tantos pensadores relevantes que poderiam ser tomados como referencial, opta-se pelo estagirita Aristóteles, aquele que conta com registros mais extensos e sólidos, sendo responsável por debater algumas das questões mais relevantes que cercam a virtude humana e a justiça da lei.

De 1100 a 800 a.C. a civilização grega passou por um período denominado Idade das Trevas. A Moral dos gregos deste período tinha vaga ligação com sua religião, ora politeísta, não se considerando um dever lutar contra o mal e a favor da justiça, contudo já se espelhava neste momento os rumos que a civilização grega tomaria a seguir (BURNS, 2001, p. 91-94). Tamanho o estágio de evolução que a cultura grega atingiu que faz *jus* à seguinte descrição, segundo Burns (2001, p. 91):

entre todos os povos do mundo antigo, aquele cuja cultura mais claramente exemplificou o espírito do homem ocidental foi o helênico ou grego. Nenhuma dessas nações possuía tamanha dedicação à liberdade, pelo menos para si própria, ou uma crença tão firme na nobreza das realizações humanas. Os gregos glorificavam o homem como a mais importante criatura do universo e recusavam submeter-se às imposições dos sacerdotes ou dos déspotas ou mesmo humilhar-se diante de seus deuses. Suas atitudes eram essencialmente laicas e racionalistas. Exaltavam o espírito de livre exame e colocavam o conhecimento acima da fé. Em grande parte, foi devido a essas razões que exaltaram sua cultura ao mais alto nível que o mundo antigo estava destinado a atingir.

Por volta de 800 a.C. as comunidades de aldeias começaram a ceder lugar para unidades políticas maiores, surgindo as chamadas cidades-estado ou *polis*, como Tebas, Esparta e Atenas. Inicialmente eram monarquias, transformaram-se em oligarquias e, por volta dos séculos V e VI a.C., tornaram-se democracias (BURNS, 2001, p. 94-95).

Com a Guerra do Peloponeso (431 a.C. a 404 a.C.), entre Atenas e Esparta, acabou a supremacia de Atenas e foi destruída a liberdade em todo o mundo grego (BURNS, 2001, p. 102-103). Após a morte de Alexandre Magno (323 a.C.), a civilização grega chegou ao fim e cedeu espaço à civilização helenística, um ruptura brusca, mas que manteve certa continuidade em alguns aspectos, entre eles o filosófico (BURNS, 2001, p. 125).³

As premissas da concepção de lei natural estão justamente na discussão promovida na Grécia antiga, no espaço da *polis*. Neste sentido, destaca Assis (2002, p. 311-314) que, originalmente, a concepção de lei natural está ligada não só à de natureza, mas também à de *diké*: a noção de justiça simbolizada a partir da deusa *diké* é muito ampla e abstrata, mas com a legislação passou a ter um conteúdo palpável, de modo que a justiça deveria corresponder às leis da cidade; entretanto, é preciso considerar que os costumes primitivos trazem o *justo por natureza*, que pode se contrapor ao *justo por convenção ou legislação*, devendo prevalecer o primeiro, que se refere ao naturalmente justo, sendo esta a origem da ideia de lei natural.

Os sofistas questionaram essa concepção de lei natural, pois a lei estabelecida na *polis*, fruto da vontade dos cidadãos, seria variável no tempo e no espaço, não havendo que se falar num direito imutável; ao passo que Aristóteles estabeleceu uma divisão entre a justiça positiva e a natural, reconhecendo que a lei posta poderia não ser justa (ASSIS, 2002, p. 319-321). É provável que Aristóteles⁴, o pensador colocado em destaque no presente trabalho

³ Diante desta relativa continuidade histórico-filosófica, o presente opta por tratar no próximo tópico já da civilização romana e de um de seus pensadores, qual seja Cícero.

⁴ Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.), que nasceu em Estagira, entrou na academia de Platão aos 17 anos, permanecendo seu discípulo por 20 anos. Contudo, escreveu mais intensamente que Platão e abordou maior variedade de assuntos. Além disso, fugiu em muitos pontos das ideias defendidas por Platão e, antes mesmo, por Sócrates. (BURNS, 2001, p. 109-110).

dentro de seu momento histórico, tenha sido influenciado por um filósofo que costumava elogiar ao traçar este ponto do seu pensamento, qual seja Sófocles, autor de famosas tragédias gregas entre as quais se destaca *Antígona*.

Em *Antígona*, encontra-se o primeiro registro consistente da discussão direito posto vs. direito natural. Na tragédia, Antígona, uma das filhas do rei Édipo que havia falecido durante o exílio, retorna a Tebas, onde toma conhecimento da morte de seus irmãos em luta fratricida. Contudo, o rei de Tebas, Creonte, nega que Polinices, o irmão que havia atacado Tebas, ora defendida por Etéocles, tenha o seu corpo enterrado (SÓFOCLES, 2003, p. 83-84).

Discordando do pensamento de Creonte, Antígona o confronta e, fundamentada no respeito a um costume sagrado sobre o qual não poderia prevalecer o decreto do rei, enterra o corpo de Polinices, o que gera revolta de Creonte, que determina ordem reversa. Desenterrado o cadáver, Antígona é flagrada novamente tentando enterrá-lo e é levada ao rei. (SÓFOCLES, 2003, p. 90-95). Neste ponto, destaca-se a manifestação de Antígona que consubstancia as premissas da lei natural, ao ser questionada sobre a ousadia em desobedecer Creonte:

sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a punição dos deuses! [...] (SÓFOCLES, 2003, p. 96).

Hêmon, filho de Creonte que iria desposar Antígona, também o confronta, questionando se a sua decisão foi acertada, considerada a vontade dos deuses. Contudo, Creonte nega que qualquer rei, divino ou não, tenha mais poder sobre a sua cidade do que ele mesmo (SÓFOCLES, 2003, p. 104-106). Após, Creonte delibera e se arrepende de sua decisão, mas o faz tarde demais: Antígona é executada e Hêmon se suicida, assim como a sua mãe, esposa de Creonte (SÓFOCLES, 2003, p. 116-120).

Percebe-se em *Antígona* as bases do conceito de lei natural, como tudo aquilo que está acima das leis dos homens e guarda uma essência de justiça, devendo prevalecer sempre. Aristóteles (2007, p. 69), em *Retórica*, concorda com a distinção feita por Sófocles:

lei particular é aquela que cada comunidade determina e aplica a seus próprios membros; ela é em parte escrita e em parte não escrita. A lei universal é a lei da natureza. Pois, de fato, há em cada um alguma medida do divino, uma justiça natural e uma injustiça que está associada a todos os homens, mesmo naqueles que não têm associação ou pacto com outro. É esse o exato significado em *Antígona*, de Sófocles, quando ela diz que o

enterro de Polinices foi um ato justo a despeito da proibição, pois entende que foi justo por natureza.

Com efeito, toma-se a partir daqui a obra de Aristóteles intitulada *Ética a Nicômaco*, um dos estudos mais completos do pensador, para responder aos três questionamentos propostos para este subtópico, iniciando com o tratamento da lei natural e da justiça.

Aristóteles associa a justiça tanto ao homem, enquanto uma virtude, quanto à lei, na condição de um atributo necessário. Por um lado, segundo Aristóteles (2006, p. 103), a justiça é uma disposição de caráter que leva as pessoas a agirem de modo justo, a desejarem o justo, bem como a injustiça é uma disposição que leva as pessoas a agirem da maneira contrária. De outro lado, Aristóteles (2006, p. 104) parte do pressuposto de que o homem justo é o que cumpre a lei porque esta é justa, tendo em vista que o legislador busca por meio dela o bem comum, ou seja, a felicidade da sociedade política.

Sendo assim, para Aristóteles (2006, p. 104), um homem seria injusto sempre que infringisse a lei, a qual necessariamente refletiria o que se espera de um homem virtuoso. Em outras palavras, de acordo com Aristóteles (2006, p. 105), a lei determina a prática de atos de um homem corajoso, temperante, calmo, enfim, determina o respeito às virtudes; em consequência, justiça é a virtude completa em relação ao próximo.

No entanto, o filósofo não nega que pode ser elaborada uma lei que não respeite os ditames das virtudes ou os direitos inerentes ao ser humano. Aristóteles (2006, p. 117) aponta que a justiça política, aquela entre membros da sociedade iguais, é em parte natural e em parte legal: por um lado, a parte natural tem a mesma força em todos os lugares que independe do pensamento do homem; por outro lado, a parte legal é aquela que tem por início algo que não seria injusto, mas que passa a ser por assim ficar estabelecido pelo legislador; assim, existe uma justiça por natureza e outra por convenção, embora ambas sejam mutáveis.

Se a lei posta considera injusto algo que seja justo perante a parte natural da justiça, não caberá ao homem virtuoso cumpri-la. Para Aristóteles (2006, p. 41-42), o homem deve sim agir de acordo com a lei, mas se ela for uma lei justa, até porque é papel dos legisladores tornarem bons seus cidadãos por meio dos hábitos que lhes inculcem.

A solução apontada por Aristóteles (2006, p. 125) para corrigir o problema da lei posta que seja injusta é a equidade, sendo o equitativo o que é justo em si mesmo e portanto superior a uma espécie justiça; isto é, o equitativo é o justo, não o legalmente justo mas uma correção da justiça legal, encontrando-se em posição superior à da lei pois sana aquela que não preenche os fins que deveria.

Outro conceito relevante estabelecido pelo filósofo, que foge um pouco aos questionamentos propostos para os subtópicos, mas é de grande relevância para compreender a realização da justiça numa sociedade participativa que se espera no ciberespaço, é o das dimensões de justiça, quais sejam: distributiva, comutativa e social. Em relação à justiça distributiva, Aristóteles (2006, p. 109) definiu justo como uma espécie de termo proporcional, devendo as distribuições serem feitas de acordo com o mérito de cada um, embora as espécies de mérito variem sob diversos pontos de vista. Já a justiça comutativa, ou corretiva, Aristóteles (2006, p. 110) explicou que surge tanto nas relações voluntárias quanto involuntárias, mas sempre em relações entre pessoas no mesmo plano, aplicando-se, por exemplo, no caso de delitos, pouco importando quem é o autor ou a vítima, sendo a punição idêntica para todos. Por fim, em Aristóteles (2006, p. 105) a justiça social aparece quando este considerou justos os atos que visam preservar a felicidade e a sociedade política, bem como quando defende que este exercício constitui a virtude completa e quando comenta sobre o papel da equidade, suprindo as falhas da lei em prol do bem comum da sociedade.

Destas três dimensões, notadamente da terceira quando se abrange a virtude no exercício da justiça social em prol do bem comum, surge para autores como Pozzoli (2006, p. 98) uma quarta dimensão, a justiça participativa. Tal dimensão envolve o dever de participar de forma consciente e livre da sociedade a que pertence, dever que existe por parte do cidadão, e tem se tornado cada vez mais evidente com a ampliação da soberania e da cidadania (POZZOLI, 2006, p. 98-102). Também tem se ampliado tal dever com a maximização da liberdade no ciberespaço, assunto que será abordado nos próximos capítulos.

Retornando aos questionamentos propostos, já se concluiu que o filósofo em estudo acreditava na existência de uma lei natural, embora entendesse que ela seria mutável através dos tempos. Observando o modo como o pensador conceitua justiça, resta clara ainda a intrínseca relação entre Direito e Moral em sua construção teórica. Afinal, a lei deveria refletir os ditames da virtude. Com efeito, também se responde afirmativamente à questão que se refere a uma relação ou não entre o entendimento a respeito da Moral com o ideário que tange à Justiça. Um último ponto que merece atenção seria no tocante à composição do conceito de Moral elaborado pelo filósofo, manifestando-se tal moralidade pelas virtudes.

O pensador concluiu que a Moral se manifesta pelas virtudes com um raciocínio baseado no conceito de felicidade, que seria o *sumo bem*. De acordo com Aristóteles (2006, p. 25), para cada ação existe um fim, que é um bem, e embora não exista um fim absoluto, existe um bem que é o mais buscado, logo, seria de certo modo absoluto, que é a felicidade - afinal, é buscada por si mesma, não carece de nada e é a mais desejável de todas as coisas, enquanto

que determinados bens, ainda que possam ser escolhidos em si mesmos, o são por causa da felicidade, como a virtude e a honra.

Para explicar o que é a felicidade, Aristóteles (2006, p. 26) definiu a função do homem, pois o bem e a perfeição residem nela. Por entender Aristóteles (2006, p. 27) que a função do homem é uma atividade da alma que implica em um princípio racional; o bem do homem é a atividade da alma em consonância com a virtude e, se há mais de uma virtude, em consonância com a melhor e mais completa entre elas. Aristóteles (2006, p. 228) concluiu que a felicidade é uma atividade em consonância com a mais alta virtude, que é o que existe de melhor em cada um, motivo pelo qual o homem deve se esforçar para viver conforme o que há de melhor nele. Ou seja, agindo virtuosamente, há que se falar em verdadeiro agir ético.

Quanto às virtudes, Aristóteles (2006, p. 42) explicou que está na natureza delas serem destruídas pela deficiência e pelo excesso, sendo necessário buscar o meio-termo. Destarte, a virtude seria uma espécie de mediania.

Por exemplo, pode-se sentir tanto o medo, a confiança, o apetite, a cólera, a compaixão, e de uma forma geral o prazer e o sofrimento, em excesso ou em grau insuficiente; e em ambos os casos, isso é um mal. Mas senti-los no momento certo, em relação aos objetos e às pessoas certas, e pelo motivo e da maneira certa, nisso consistem o meio-termo e a excelência característicos da virtude. (ARISTÓTELES, 2006, p. 48).

Por outro lado, Aristóteles (2006, p. 48) ressaltou que em determinadas virtudes a mediania não é possível, porque estas constituem extremos, como no caso da felicidade e da justiça, motivo pelo qual não existe um meio termo para a inveja, para o despeito, ou então para ações injustas, covardes ou libidinosas.

Equilíbrio e ponderação são elementos essenciais ao exercício do agir virtuoso em sociedade atualmente, diante da vasta gama de condutas possíveis e da constante exigência de que se aja da maneira esperada, em respeito à Moral. No Poder Judiciário, a realização de justiça de forma efetiva depende constantemente da ponderação de princípios, encontrando-se o meio-termo entre os interesses de um e outro.

Outro elemento da Moral do pensador que merece consideração se refere à escolha dos meios. Aristóteles (2006, p. 63) defendeu que não é possível deliberar sobre um fim, mas é possível fazê-lo com relação aos meios para atingi-lo. Desta forma, para atingir um bem, é preciso utilizar os meios adequados:

ora, o exercício da virtude relaciona-se com os meios; portanto, a virtude também está ao nosso alcance, da mesma forma que o vício. Com efeito, quando depende de nós o agir, igualmente depende o não agir, e vice-versa, ou seja, assim como está em nossas mãos agir quando isso é vil; e temos o

poder de não agir quando isso é nobre, do mesmo modo que temos o poder de agir quando isso é vil. Por conseguinte, depende de nós praticar atos nobres ou vis, e se é isso que significa ser bom ou mau, então depende de nós sermos virtuosos ou viciosos. (ARISTÓTELES, 2006, p. 65).

Aristóteles (2006, p. 142) explicou que a virtude ligada à escolha dos meios adequados é a sabedoria prática, enquanto que a virtude ligada à escolha do fim correto é a moral, motivo pelo qual analisou aspectos da incontinência e da intemperança, desvios de virtudes naturais ao homem bom. Destaca-se que, para o filósofo, somente por meios corretos é possível agir virtuosamente, exigindo-se ainda que o fim também seja virtuoso. Este ideário foi relativizado num momento futuro pelo Renascimento, que rompeu com a estreita ligação entre o agir no espaço público e o agir no espaço privado.

Em seu pensamento, Aristóteles (2006, p. 37-38) concluiu que a felicidade humana, bem como a virtude humana, são atividades da alma, que, por sua vez, é dotada de um elemento racional e de um elemento irracional, este constituído pelos apetites humanos, mas o primeiro sempre irá prevalecer, porque a razão é capaz persuadir o elemento irracional e no homem virtuoso este elemento irracional é guiado pelo princípio racional. O filósofo não se aprofunda nas questões inerentes ao desrespeito à lei moral pelo homem, cedendo a inclinações indevidas, tópico que foi objeto de profundas reflexões kantianas.

Vale a pena, a título de conclusão, retomar as respostas aos questionamentos propostos: a) Aristóteles acreditava no conceito de lei natural, embora mutável ao longo dos tempos, sendo que nele se encontrava efetivamente a justiça da lei; b) as profundas discussões a respeito das virtudes do homem colocam o filósofo na posição de um dos principais responsáveis pela abordagem de muitos valores ainda hoje consolidados em sociedade; c) como o pensador atribui à justiça a condição de uma qualidade que pode ser atribuída tanto ao homem quanto à lei, cabendo à lei consubstanciar as virtudes esperadas do homem, percebe-se uma intrínseca relação entre a Moral e o Direito segundo o ideário da época.

1.1.2 Civilização romana e a discussão ética na jovem república

Uma das civilizações que mais influenciou a percepção da Moral e do Direito nos dias de hoje foi a romana. Pretende-se, neste ponto, entender os principais aspectos de tal influência, notadamente no período da república de tal civilização, isolando alguns pontos do ideário de Cícero, um dos grandes filósofos deste momento histórico, o qual se baseou muito nos conceitos filosóficos dos períodos helênico e helenístico.

Antes que houvesse declinado o esplendor grego, a civilização romana começou a se desenvolver no Ocidente. Aos tempos das conquistas de Alexandre, tal civilização já possuía força na península italiana. Durante cinco séculos cresceu o poder romano e, ao fim do século I a.C., Roma impôs seu domínio sob o mundo helenístico. (BURNS, 2001, p. 139).

Em fins do século VI a.C., a monarquia foi derrubada e substituída por uma jovem república. Contudo, por mais de dois séculos após sua fundação, a história romana foi de constantes guerras. Na jovem república, as mudanças políticas pouco alteraram a estrutura da monarquia. As classes dividiam-se entre patrícios e plebeus, os quais disputavam espaço, sendo que no século V a.C. os plebeus conseguiram suas primeiras vitórias, culminando uma delas na edição da Lei das Doze Tábuas. Assim, no início da república, não se abandonou o princípio de que o povo deveria ser governado, não governar. (BURNS, 2001, p. 142-144).

Em princípio, a Moral romana era uma questão de patriotismo e respeito pela autoridade e pela tradição. As principais virtudes eram bravura, autodisciplina, honra e reverência aos deuses e antepassados. A lealdade à Roma tinha precedência sobre todas as demais virtudes. (BURNS, 2001, p. 144-146).

Contudo, nos últimos dois séculos de história republicana, Roma foi influenciada pela civilização helenística. Na filosofia ocorreu o mesmo: Cícero⁵, o filósofo escolhido para estudo no presente tópico, foi muito influenciado pelos estóicos, embora também assimilasse muitas das ideias de Aristóteles e Platão. (BURNS, 2001, p. 151-152).

O filósofo foi um dos principais responsáveis pela discussão sobre a diferença entre o lícito moral e o lícito jurídico, entendendo caber ao homem bom e justo desrespeitar leis postas que contrariem a justiça universal. Esta é a base do conceito romano de lei natural, bem percebido na seguinte assertiva de Cícero (1995, p. 100):

a razão reta, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, afasta do mal que proíbe e, ora com seus mandados, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete; não é uma lei em Roma e outra em Atenas, - uma antes e outra depois, mas uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação, embora tenha conseguido evitar todos os outros suplícios.

⁵ Cícero, que viveu de 106 a 43 a.C., político influente na civilização em estudo, é considerado o pai da eloquência romana. Sua filosofia ética baseava-se nas premissas estóicas de que a virtude é suficiente para a felicidade e de que a tranquilidade de espírito é o bem supremo (BURNS, 2001, p. 151-152).

Em outras palavras, caso um homem virtuoso se confronte com uma lei que contrarie tais ditames, segundo Cícero (1995, p. 95), "nem por isso deve deixar de seguir e observar as regras da eterna justiça, em lugar das de uma justiça convencional, posto que dar a cada um seu direito é próprio do homem bom e justo". Neste ponto, percebe-se uma ligação entre a virtude, que é inerente à Moral, e a justiça, ligada ao Direito: caberá ao homem virtuoso descumprir a lei posta que contrarie os ditames da justiça. Afinal, quando Cícero (1995, p. 95) foi perguntado a respeito de quais leis o homem deveria obedecer, respondeu que "[...] não será a todas sem distinção, porque a virtude não admite essa inconstância, nem a natureza essa variedade [...]". Então, as leis devem também guardar compatibilidade com as virtudes esperadas do homem e os direitos naturalmente atribuídos a ele.

Outro indício da ligação Moral-Direito no pensamento de Cícero (1995, p. 20) é a consideração de que a virtude se afirma com a prática e o melhor modo de utilizá-la é por meio da administração da república. Assim, uma administração justa da república conduziria seus homens à virtude, o que significa que as leis, ora responsáveis pelo estabelecimento de tais diretrizes, devem refletir o ideário das virtudes humanas.

Aliás, aduz Montoro (2005, p. 313) que o entendimento no sentido de existir um direito decorrente da natureza humana presente no direito romano e nos pensamentos de Cícero liga-se à ideia de justiça, mas uma justiça subjetiva, no sentido de virtude, prudência. Desta forma, a questão do justo como uma virtude ainda prevalece neste momento.

Segundo Reale (2002, p. 628-631), a discussão sobre a diferença entre o Direito e a Moral começou a existir de fato no Direito romano, embora sem consistência. Índícios de tal diferenciação sem consistência se encontram em trechos do pensamento de Cícero (1995, p. 114), como aquele no qual tenta distinguir a moral do lar da moral do espaço público, mas acaba por entender que ambas possuem o mesmo conteúdo.

Assim, resta saber em que consistiria a virtude do homem, considerado o ideário do filósofo. Cícero (1995, p. 19) acreditava profundamente na virtude do homem: "[...] tamanha é a necessidade de virtude que o gênero humano experimenta por natureza, tão grande é o amor à defesa da saúde comum, que essa força triunfa sempre sobre o ócio e a voluptuosidade".

Cícero (1995, p. 61) condenava determinadas atitudes humanas, por irem na contramão do que se espera do agir virtuoso, por exemplo, quando diz que a vida errante, ou seja, a vida levada com excessos, dispersão, desapego às tradições, preguiça e ócio, leva à decadência. No mesmo sentido, Cícero (1995, p. 127) entendeu:

as almas dos que, abandonados aos prazeres voluptuosos e corporais, foram, na vida, servos de suas paixões e, obedientes ao impulso de sua voluptuosidade libidinosa, violaram as leis divinas e humanas, vagam ao redor da terra, e, só depois da agitação de muitos séculos, tornam a entrar nestes lugares.

Por outro lado, Cícero (1995, p. 98) apontou como virtudes que deveriam ser incentivadas pelos governantes: amor, calma, esperança, fé e justiça. Entendeu, ainda, Cícero (1995, p. 90) que o homem dotado de virtude consegue se instruir do presente, sem desprezar as tradições passadas, os conhecimentos anteriores. Assim, o apego aos valores tradicionais da sociedade é necessário para o agir virtuoso, embora também seja necessário olhar para o futuro e entender as mudanças da sociedade. Neste sentido, a Ética estará em constante evolução mas sempre manterá valores base tradicionais.

Enfim, para Cícero (1995, p. 87), o verdadeiro homem de virtude deve "estudar sem descanso; trabalhar sem trégua pelo seu aperfeiçoamento; procurar que os outros o imitem; e ser, com o esplendor de sua alma e de sua vida, para os seus concidadãos, como um espelho aberto". Atingir um alto nível de virtude depende de muito esforço, da constante busca pela melhora do intelecto e da abdicação de determinados prazeres mundanos.

O período da república, no qual se desenvolveu o pensamento do filósofo, se encerrou por volta de 27 d.C., cedendo lugar ao principado ou período inicial do Império (27 d.C.-180 d.C.) e, posteriormente, à época das revoltas (180 d.C.-284 d.C.) e ao período final do império (284 d.C.-610 d.C.) (BURNS, 2001, p. 154-155).

Ressalta-se que, durante o principado, o direito romano alcançou um alto grau de desenvolvimento, adotando a tripartição direito civil (*jus civile*), direito das gentes (*jus gentium*) e direito natural (*jus naturale*), sendo o último o mais interessante, baseado no ideário estoíco e, principalmente, no pensamento de Cícero (BURNS, 2001, p. 163-164). Isto demonstra que muitos dos conceitos semeados nas civilizações anteriores e no período da república romana se mantiveram no arcabouço teórico de toda a civilização romana.

Concluindo, com base nos questionamentos anteriormente propostos, percebe-se que no período romano: a) consolidou-se um ideário a respeito do direito natural, consistente na crença de que a lei posta não poderia contrariar os ditames da ética; b) discutiu-se sobre a virtude humana, atribuindo também ao governante o dever de agir conforme tais diretrizes, incitando os seus cidadãos a fazerem o mesmo; c) aproximou-se a Moral do Direito por ser função da lei levar os homens à virtude e por tratar a justiça como um valor que ao mesmo tempo pertence à lei e aos homens.

1.1.3 Idade Média e a discussão ética no cristianismo

Não é porque a civilização da Idade Média foi altamente influenciada pelo cristianismo que se deve desmerecer o arcabouço teórico desenvolvido durante ela a respeito da Moral e do Direito. Muito pelo contrário, pode-se afirmar que a construção elaborada, notadamente, por Santo Tomás de Aquino, pensador colacionado para estudo no presente, colaborou substancialmente para o ideário desenvolvido no Humanismo, por filósofos como Maritain. Com efeito, neste ponto, pretende-se isolar os aspectos históricos e filosóficos essenciais do período chamado Idade Média, compreendendo qual tipo de influência adveio da construção filosófica do período, que sucedeu o Império Romano, na compreensão da Moral e do Direito.

Dois fatores foram responsáveis pela queda do Império Romano, um interno, o cristianismo, e um externo, correspondente à força dos bárbaros germânicos. Ao contrário do que alguns acreditam, o povo germânico não era selvagem e nem desprovido de polidez, podendo competir no mesmo patamar que o romano. (BURNS, 2001, p. 187). Sobre o fator interno que colaborou com a queda do Império Romano, destaca Burns (2001, p. 172):

a princípio, o cristianismo era apenas uma dentre várias manifestações da tendência geral no sentido do espiritualismo, mas no século IV foi adotado como a religião oficial de Roma, e a partir de então tornou-se uma das maiores forças que plasmaram o desenvolvimento do Ocidente. Enquanto o cristianismo se propagava, o Império Romano estava indubitavelmente declinando.

O pensamento desenvolvido por pensadores como São Gerônimo (340-420), Santo Ambrósio (340-397) e Santo Agostinho (354-430) durante o período de declínio do Império Romano do Ocidente, consistente num conjunto de ideias em relação ao mundo e a Deus, veio a influenciar o ideário do Ocidente por aproximadamente 800 anos (BURNS, 2001, p. 190-191). Então, estes arcabouços teóricos iniciais foram profundamente utilizados durante a chamada Idade Média, que teve como marco uma acentuada tendência para o cristianismo.

Burns (2001, p. 199) considera que o termo Idade Média se consolidou entre os historiadores, sendo atribuído ao longo período de interrupção entre as gloriosas realizações de Grécia e Roma até a Idade Moderna (por volta de 600 a 1500 d.C), mas que não possui grande rigor técnico, porque muitos e diversos foram os eventos que ocorreram no período.

Por convenção, divide-se a história da Europa ocidental na Idade Média em três partes: a Idade Média inicial; a alta Idade Média; e a Idade Média tardia. Durante essas três etapas a religião cristã desempenhou um papel de extraordinária importância na vida humana, mas, afora a religião, poucos foram os outros denominadores comuns. A Idade Média inicial, que medeia entre o ano de 600 até 1050 (todas essas datas são aproximativas), foi a que

mais de perto chegou de parecer um intervalo de trevas, pois na verdade o nível de realização material e intelectual era baixíssimo. [...] A alta Idade Média, de 1050 a 1300, foi uma das épocas mais criativas da história do homem. Os europeus melhoraram de forma acentuada em seu padrão de vida, fundaram estados nacionais duradouros, criaram novas instituições de ensino e novas maneiras de pensar, e produziram magníficas obras literárias e artísticas. Durante a Idade Média tardia, entre 1300 e 1500, a sobrevivência de muitas realizações da etapa anterior foi ameaçada por numerosos desastres, uma depressão econômica de particular gravidade e uma peste mortífera. (BURNS, 2001, p. 199-200).

Tendo em vista que durante toda a Idade Média o ideário filosófico, ora baseado na religião, foi um denominador comum, seria contraproducente adentrar em todos os diversos acontecimentos que cercaram o período, bastando uma noção genérica para os fins deste trabalho, que tem questões jurídico-filosóficas como ponto central da primeira parte de sua base teórica, ora estudada neste primeiro capítulo.

A partir deste ponto, pretende-se responder aos questionamentos centrais propostos para os subtópicos do item 1.1 com base num filósofo que teve o mérito de sintetizar em sua obra muitas das ideias do período em estudo, sem desprezar a construção teórica dos períodos anteriores, qual seja Santo Tomás de Aquino⁶, considerado um pensador da escolástica⁷, em sua *Suma Teológica*.

Iniciando com o estudo a respeito da lei natural, percebe-se no filósofo um de seus mais árdios defensores. No mais, no que tange à justiça, ele também a considera uma virtude ligada ao homem, também atribuível à lei. Neste sentido, no ideário de Santo Tomás de Aquino, a lei deve refletir as virtudes esperadas do homem, possuindo a Moral uma intrínseca relação com o Direito.

Com efeito, entendeu Aquino (2005a, p. 522) que a lei é um dos modos pelos quais Deus instrui os homens para alcançarem o bem. Como a lei pertence à razão, e esta busca um fim último formado pela bem-aventurança e pela felicidade, para Aquino (2005a, p. 524), a lei também visa a bem-aventurança e a felicidade, mas voltadas ao bem comum.

⁶ Santo Tomás de Aquino (1225-1274), que foi canonizado pouco depois de sua morte devido aos méritos de sua obra filosófica, foi o mais eminente teólogo escolástico da Universidade de Paris. Em sua obra, submeteu o aristotelismo aos princípios cristãos básicos, criando seu próprio sistema filosófico e teológico. Com as contribuições do pensador, o ideário medieval do Ocidente atingiu o seu auge. (BURNS, 2001, p. 297-298).

⁷ Escolástica é o termo atribuído não só ao método de ensino e aprendizado das escolas medievais, que primava pelo alto grau de sistemática e pelo enaltecimento do respeito à autoridade, mas sim, principalmente, à visão do mundo que defendia uma compatibilidade entre o conhecimento que o homem pode obter naturalmente e os ensinamentos transmitidos pela Revelação Divina, sendo assim a teoria e a prática da conciliação da filosofia clássica com a fé cristã (BURNS, 2001, p. 295-296). Com efeito, Santo Tomás de Aquino pode ser considerado um pensador da escolástica justamente por ter sido influenciado pelas ideias de Aristóteles, adequando-as ao ideário do cristianismo, bem como complementando-as no que se mostrou necessário.

Aquino (2005a, p. 529), supondo que o mundo e toda a comunidade do universo são regidos pela razão divina e que a própria razão do governo das coisas em Deus fundamenta-se em lei, entendeu que existe uma lei eterna ou divina, pois a razão divina nada concebe no tempo e é sempre eterna. Com base nisso, Aquino (2005a, p. 531) chamou de *lei natural* "a participação da lei eterna na lei racional".

Assim, para o filósofo, existem quatro tipos de lei: a lei eterna ou divina, a lei natural e a lei humana, todas elas com elementos de conexão.

Quanto à lei eterna, explicou Aquino (2005a, p. 547): "a lei eterna nada é senão a razão da divina sabedoria, segundo é diretiva de todos os atos e movimentos". Nesta linha, prosseguiu Aquino (2005a, p. 549): "ninguém pode conhecer a lei eterna segundo é em si mesma, a não ser os bem-aventurados, que vêem a essência de Deus. Mas, toda criatura racional conhece-a segundo uma irradiação dela, ou maior ou menor". Este conhecimento mínimo, segundo Aquino (2005a, p. 550), existe porque todo conhecimento da verdade é uma irradiação da lei eterna, que é a verdade imutável, e todos conhecem um pouco da verdade.

A lei eterna existe em um plano superior e serve de diretriz para as leis que se estabelecem no plano humano, quais sejam a lei natural e a lei humana. Não obstante, o fato de não ser a lei eterna ou divina conhecida de modo absoluto não impede a sua influência nas leis natural e humana, porque estas serão mais adequadas o possível à lei divina, segundo o conhecimento humano existente, que evolui através dos tempos.

Sobre o conteúdo da lei natural, definiu Aquino (2005a, p. 562) que "todas aquelas coisas que devem ser feitas ou evitadas pertencem aos preceitos da lei de natureza, que a razão prática naturalmente apreende ser bens humanos". Logo, a lei natural determina o agir virtuoso, o que se espera do homem em sociedade, independentemente da lei humana.

Conforme Aquino (2005a, p. 562), a ordem das inclinações naturais estabelece a ordem dos preceitos das leis da natureza, de modo que pertencem à lei natural as coisas que dizem respeito à inclinação para o bem, ou seja, para a procura de obras desejadas como fim, por exemplo, que o homem evite a ignorância e não ofenda outros homens.

Nesta linha, compreendeu Aquino (2005a, p. 265) que o homem tem a inclinação natural de agir conforme a razão, o que significa agir segundo a virtude, e todos os atos das virtudes se referem à lei natural. Resta clara a intrínseca relação entre a Moral e o Direito no conceito de lei natural traçado pelo filósofo, algo que deve se refletir no conteúdo da lei humana, mas também guiar os homens no agir virtuoso em sociedade.

Em relação à mutabilidade da lei natural, explicou Aquino (2005a, p. 569):

pode-se entender que a lei natural muda, de dois modos. De um modo, por algo que se lhe acrescenta. E dessa maneira nada proíbe que a lei natural seja mudada: muitas coisas, com efeito, foram acrescentadas à lei natural, úteis para a vida humana, tanto pela lei divina, quanto também pelas leis humanas. De outro modo, entende-se a mudança da lei natural a modo de subtração, a saber, de modo que deixe de ser lei natural algo que antes fora segundo a lei natural. E assim quanto aos primeiros princípios da lei da natureza, a lei da natureza é totalmente imutável.

Sob um enfoque jurídico, aplicando o pensamento do filósofo, é possível dizer que novos direitos naturais podem surgir conforme a evolução da sociedade, mas que não é possível extinguir direitos anteriores e sim, no máximo, compreendê-los de uma forma melhor para o homem. Assim, alguns direitos naturais anteriores poderão sofrer restrições com o surgimento de outros direitos naturais.

O filósofo entende que as leis são necessárias, já que agir conforme a virtude é algo difícil. Para Aquino (2005a, p. 573-574), o homem tem a aptidão para a virtude, mas para a perfeição desta é preciso que exista alguma disciplina, já que a perfeição da virtude consiste, principalmente, em se afastar dos prazeres indevidos, o que não é fácil; por isso, para os imprudentes e inclinados ao vício, foi necessária a criação de um mecanismo que, pela força e pelo medo, coibisse a prática do mal, que é a disciplina das leis.

Com efeito, compreende Aquino (2005a, p. 576), não é lei aquela que não for justa, reta segundo a regra da razão; e não deve ser considerada como lei, mas como corrupção de lei, a lei humana discordar da lei natural, eis que a primeira regra da razão é a lei da natureza.

Segundo Aquino (2005a, p. 579), são qualidades da lei positiva: ser congruente com a religião, ou seja, ser honesta, enquanto proporcional à lei divina; convir à disciplina, isto é, ser justa e possível segundo a natureza, os costumes, o lugar e o tempo, bem como adequada às possibilidades de cada um; ser suficiente para a salvação.

Além disso, entende Aquino (2005a, p. 591-592) que a lei é a regra dos atos humanos que tem força coativa, de modo que somente os homens maus se sujeitam às leis e não os virtuosos, porque o elemento coativo não é necessário quanto aos últimos.

Até aqui, percebe-se que o pensador defendeu a necessária compatibilidade entre a lei natural e a lei humana, sob pena de invalidade da última; definindo a lei natural como o reflexo da lei eterna na lei racional. Ainda, o filósofo aproxima a Moral do Direito ao defender que a mesma lei natural que deve repercutir na lei humana é a responsável por prescrever as ações esperadas do homem virtuoso. A questão passa a ser em que consiste esta virtude do homem e qual o seu conteúdo.

Aquino (2005b, p. 58) defendeu que é preciso que exista na vontade e em toda potência apetitiva algo que as incline para o seu objeto determinado, o que não ocorre pela própria natureza, motivo pelo qual devem existir certas qualidades que imprimem a inclinação e estas qualidades são os hábitos. Assim, é o hábito que determina a inclinação da potência, que pode levar a diversas ações conforme o seu conteúdo. A vontade é uma potência e, como tal, pode ter diversas inclinações, ordenando a ação de maneira diversa. A implicação disto é que passa a ser imprescindível que a inclinação da potência seja para o bem para se estabelecer o agir ético, sendo necessário o hábito correspondente. Por sua vez, segundo Aquino (2005b, p. 93-94), são bons hábitos as virtudes e seus correlatos, como os dons, as bem-aventuranças e os frutos; e são maus hábitos os vícios e os pecados.

No entender de Aquino (2005b, p. 97), a virtude implica em uma perfeição da potência, tanto da potência para existir e quanto da potência para agir. Em síntese, para Aquino (2005, p. 99-100), a virtude é um bom hábito do sujeito pelo qual se vive retamente, da qual ninguém faz mau uso e produzida por Deus em nós, sem nós.

Nesta linha, pensou Aquino (2005b, p. 114), as virtudes podem ser intelectuais, morais e teologais, como segue brevemente demonstrado abaixo.

Os hábitos intelectuais, conforme Aquino (2005b, p. 116), não aperfeiçoam a parte apetitiva e nem se relacionam com ela, sendo que constituem virtudes porque acionam a faculdade da boa ação. No entanto, aduziu Aquino (2005b, p. 116), é preciso vontade para acionar o hábito adquirido, motivo pelo qual virtudes que aperfeiçoam a vontade é que levam ao bom uso dos hábitos especulativos.

A prudência, explicou Aquino (2005b, p. 122), faz a faculdade de agir bem e possibilita o exercício desta faculdade, motivo pelo qual constitui uma virtude intelectual especulativa. Nesta linha, desenvolveu Aquino (2005b, p. 124):

ora, para agir bem é preciso não só fazer alguma coisa, mas fazê-lo também do modo certo, ou seja, por uma escolha correta e não por impulso ou paixão. Como, porém, a escolha visa aos meios para se conseguir um fim, para ela ser correta exigem-se duas coisas: o fim devido e os meios adequados a esse fim. Ora, ao fim devido o homem se dispõe convenientemente pela virtude, que aperfeiçoa a parte apetitiva da alma, cujo objeto é o bem e o fim. Quanto aos meios adequados a esse fim, importa que o homem esteja diretamente disposto pelo hábito da razão, porque aconselhar e escolher, que são ações relacionadas com os meios, são atos da razão. É necessário, pois, haver na razão alguma virtude intelectual que a aperfeiçoe, para ela proceder com acerto em relação aos meios. Essa virtude é a prudência, virtude, portanto, necessária para se viver bem.

Portanto, para o filósofo, não são apenas as virtudes morais e cardeais que levam ao agir bem, existindo, portanto, uma virtude intelectual que guia a faculdade de agir bem, possibilitando a escolha dos meios corretos para atingir o fim determinado pela virtude moral.

Em relação à virtude moral, explicou Aquino (2005b, p. 130) que vem do grego *mos*, com o sentido de inclinação natural ou quase natural para determinada ação; e, como a inclinação convém à virtude apetitiva, nem toda virtude é moral, mas só a que está na faculdade apetitiva. Comentou Aquino (2005b, p. 131-132) que alguns afirmaram que o homem sempre age de acordo com a razão, mas se fosse assim bastaria que a razão fosse perfeita, de modo que toda virtude seria intelectual, por ser ela o hábito que aperfeiçoa a razão; mas é preciso considerar que a parte apetitiva obedece à razão com certa resistência.

Nota-se que o pensador considera que o homem possui fraquezas e não age como uma máquina obedecendo as regras da razão, de modo que é insuficiente possuir uma razão perfeita para agir conforme ela estabeleça. Por tal motivo, considerou Aquino (2005b, p. 134) que os atos humanos têm dois princípios: a razão (ou intelecto) e o apetite, sendo que as virtudes intelectuais aperfeiçoam a razão e as morais aperfeiçoam a potência apetitiva.

Nesta linha, para Aquino (2005b, p. 135-136) a virtude moral pode existir sem certas virtudes intelectuais, como a sabedoria, a ciência e a arte, mas não sem o intelecto e a prudência; posto que querer o fim correto é uma virtude moral e para escolher os meios corretos para chegar a este fim é preciso prudência e intelecto, constituindo o intelecto a razão reta na ordem especulativa e a prudência a razão reta no agir.

Sem a virtude moral o homem não consegue fazer prevalecer a sua razão, ainda que ela seja perfeita, porque somente a virtude moral é capaz de controlar a parte apetitiva da alma, ou seja, determinar o fim que deve ser buscado pela ação. Assim, determinadas virtudes intelectuais e morais se complementam.

Em consequência, explicou Aquino (2005b, p. 146) que tudo que pode ser ordenado ou moderado pela razão pode ser uma virtude moral e, como a razão põe ordem nas paixões do apetite sensitivo e nas vontades do apetite intelectual, existem virtudes morais que dizem respeito às paixões e outras às ações.

Por sua vez, entendeu Aquino (2005b, p. 147), que as virtudes morais não podem existir sem paixões, vistas estas não como inclinações desordenadas, mas como movimentos do apetite sensitivo; a não ser que se trate de virtudes morais que não dizem respeito às paixões, mas às ações, como a *justiça*. Assim, para Aquino (2005b, p. 154), as virtudes morais que se referem às ações se resumem numa razão geral de justiça, pela qual é justo dar ao outro o que lhe é devido.

Conclui-se, com base nos questionamentos anteriormente propostos, que na Idade Média: a) defendeu-se um conceito de lei natural, sendo o reflexo da lei divina na lei racional, com a qual a lei humana deveria guardar compatibilidade; b) uma vez que a lei deve guiar os homens para a virtude, aproxima-se a Moral do Direito, num conceito unificado de Ética; c) as virtudes do homem, que compõem a sua moral, são de diversas espécies e, sem elas, torna-se impossível controlar as potências apetitivas e agir de forma ética.

Em geral, nos períodos históricos em que a relação Moral-Direito era tratada perante um conceito unificado de ética obteve-se uma resposta afirmativa aos três questionamentos propostos: um conceito de lei natural (justiça) era defendido, bem como um ideário complexo a respeito da Moral, sendo que tais questões se encontravam conexas.

1.2 Renascimento e o distanciamento da relação Moral-Direito com a bifurcação do conceito de Ética

De forma diversa ao que ocorreu até então na história da evolução do conceito de Ética, no Renascimento este foi bifurcado, distanciando-se a Moral do Direito, como se pretende estudar neste tópico. Com efeito, busca-se verificar as seguintes assertivas: a) como se deu o distanciamento dos conceitos de Moral e Direito neste período; b) se ainda era possível considerar a virtude (Moral) como elemento essencial da lei (Direito); c) qual era a percepção da Moral e do elemento axiológico do Direito, a justiça.

Por volta de 1500, a Renascença italiana se espalhou para a Europa setentrional e gerou importantes realizações na ciência, fundamentando o pensamento moderno. Ainda, no século XVI, a Revolução Protestante, que começou na Alemanha, propagando-se para outros países, contribuiu para os primórdios da era moderna, acabando com a uniformidade religiosa e fomentando um surto de individualismo e consciência racional. A Idade Moderna durou de 1500 a 1800, sendo que a Renascença, um dos principais eventos de tal período, perdurou de 1350 a 1600. Alguns dos expoentes filosóficos da Idade Moderna são os contratualistas Hobbes, Locke e Rousseau⁸, além de Maquiavel. (BURNS, 2001, p. 338-343).

No Renascimento que há de fato o início do debate quanto à distinção entre a Moral e o Direito (REALE, 2002, p. 637), enfim, foi a partir deste momento que se estabeleceu uma

⁸ O presente trabalho adota uma linha histórico-filosófica de cunho humanista-realista, na qual não se encaixam os contratualistas, motivo pelo qual eles não serão estudados. Opta-se, neste ponto, pelo pensamento de Maquiavel, que evidencia em *O príncipe* a primeira bifurcação do conceito de Ética na história da humanidade.

dicotomia rigorosa sob este aspecto. Tal dicotomia pode ser percebida claramente na obra *O príncipe*, de Nicolau Maquiavel⁹, colacionada para estudo neste tópico.

O distanciamento dos conceitos de Moral e Direito se deu, principalmente, devido ao declínio político da Itália, mostrando-se necessário adotar uma posição mais radical a respeito da Ética no espaço público, possibilitando o reforço do absolutismo. Então, toda a ética desenvolvida no período voltou-se ao soberano, permitindo que ele readquirisse um papel de relevância da condução do Estado absolutista.

Alguns conceitos foram essenciais para possibilitar tal distanciamento. Um deles é a negativa de Maquiavel (2007, p. 22) a respeito da existência de um sumo bem, ou seja, de um bem sem restrições, não havendo, da mesma forma, nenhum mal absoluto. Afinal, em todos os períodos anteriores se acreditou que o homem deveria buscar um bem maior e, ainda que não existisse um bem absoluto, o melhor bem possível.

Outro conceito desenvolvido pelo filósofo que também contribuiu para a bifurcação em estudo envolve a transformação do povo numa massa, negando-se a liberdade o máximo possível, o que permitiria o controle pleno pelo soberano, ainda que só pelo temor. Assim, Maquiavel (2007, p. 100-106) entendeu que seria melhor um soberano miserável do que um liberal; bem como um soberano temido do que um amado, pois o amor exige recompensas, enquanto o temor se mantém apenas pelo medo. Um dos modos que permitiria ao soberano incutir temor na população seria, para Maquiavel (2007, p. 97), a realização de experiências de guerra, conquistando territórios com violência, de modo que a paz não deveria ser priorizada. Nesta linha, Maquiavel (2007, p. 49) ensina como conquistar um Estado livre:

quando se conquista um Estado acostumado a viver em liberdade, e regido por suas próprias leis, há três maneiras de mantê-lo: a primeira consiste em arruiná-lo; a segunda, em ir nele habitar; a terceira, em permitir-lhe continuar vivendo com suas próprias leis, impondo-lhe um tributo, e organizando ali um governo composto de poucas pessoas, que possam ser mantidas amigas.

A Moral poderia ser separada do Direito com a simples consideração de que a honra e a felicidade à pátria bastariam para a ordem jurídica (MAQUIAVEL, 2007, p. 53), independente do indivíduo. Logo, justo seria o imposto pelo soberano, que conheceria os interesses do Estado melhor do que ninguém. Percebe-se uma separação entre a Moral e o

⁹ Maquiavel, o maior filósofo político da Itália renascentista, viveu de 1469 a 1527 e trabalhou como chanceler e secretário da república de Florença. Não pertencia a nenhuma escola, pois seu pensamento é dotado de diversas peculiaridades que alteraram substancialmente todas as concepções anteriores da base ética da política. Em sua principal obra, *O príncipe*, o filósofo reflete a deplorável situação da Itália na época, encontrando uma alternativa num agir semelhante ao de César Bórgia, que subordinava a moralidade aos interesses políticos e assim conseguiu reunificar Roma (BURNS, 2001, p. 348-349).

Direito com a aceitação de determinadas condutas pelo soberano com o único argumento de ser o adequado para manter o poder, ainda que indivíduos possam ser mortos.

Descreveu Maquiavel (2007, p. 38) que "[...] é preciso tratar bem os homens ou então aniquila-los. Eles se vingarão de pequenas injúrias, mas não poderão vingar-se de agressões graves; por isso, só podemos injuriar alguém se não temermos sua vingança". A seguinte passagem de Maquiavel (2007, p. 64), na qual é exultado o agir de César Bórgia, é ainda mais esclarecedora:

portanto, quem considerar necessário garantir-se em seus novos domínios contra os inimigos, fazer amizades, conquistar pela força e pela fraude, fazer-se amado e temido pelo povo, seguido e reverenciado pelos soldados, destruir os que podem e querem ofendê-lo, renovar antigas leis, ser grato e severo, magnânimo e liberal, suprimir uma infiel milícia e substituí-la por outra nova, manter a amizade dos reis e dos príncipes de modo a que tenham satisfação em agradá-lo, e medo de injuriá-lo, não poderia encontrar melhor exemplo do que a conduta desse homem.

Não obstante, torna-se inquestionável a separação da Moral do Direito quando Maquiavel (2007, p. 99) considera que o conceito de príncipe como uma pessoa dotada de todas as virtudes, deve ser desprezado, por ser utópico; assim, os príncipes poderiam ser liberais ou miseráveis, generosos ou ávidos, cruéis ou misericordiosos, bravos ou corajosos, sérios ou frívolos, religiosos ou incrédulos; afinal, as condições humanas não possibilitam o total afastamento dos vícios, embora seja preciso que o príncipe tenha prudência para evitar escândalos por causa de seus vícios.

Assim, o justo, valor axiológico do Direito, poderia ser definido como o imposto pelo soberano, isto é, o que o rei considere melhor para o Estado.

É o que se percebe, por exemplo, quando Maquiavel (2007, p. 70-71) ressalta que nem toda crueldade é mal utilizada: ela poderia ser utilizada da maneira adequada quando utilizada uma única vez como garantia à manutenção do poder, ou da maneira inadequada quando contínua e excessiva. Afinal, Maquiavel (2007, p. 70-71) compreendeu que para chegar ao poder é preciso utilizar algumas crueldades, que devem ser praticadas de uma única vez; do mesmo modo, o bem deve ser praticado nos momentos corretos, quando possa beneficiar o soberano. O lugar desta Ética desprovida de valores morais, atribuída ao Direito, seria no espaço público, na esfera que possibilitasse o exercício do poder pelo soberano. Maquiavel (2007, p. 111) resumiu este ideário na seguinte máxima:

na conduta dos homens, especialmente dos príncipes, contra a qual não há recurso, os fins justificam os meios. Portanto, se um príncipe pretende conquistar e manter o poder, os meios que empregue serão sempre tidos

como honrosos, e elogiados por todos, pois o vulgo atenta sempre para as aparências e os resultados.

Entretanto, o filósofo não consegue negar totalmente a existência de valores inerentes à Moral, apenas os relativiza no espaço público e os transfere ao privado. Aliás, a Moral existe também no espaço público, embora se aceite qualquer desrespeito a ela desde que necessário para o Estado. Neste sentido, Maquiavel (2007, p. 67) disse que "não se pode [...] achar meritório o assassinio dos seus compatriotas, a traição dos amigos, a conduta sem fé, piedade e religião; são métodos que podem conduzir ao poder, mas não à glória". Ainda, Maquiavel (2007, p. 100) entendeu ser importante o príncipe aparentar certas qualidades inerentes à virtude, como a fidelidade, a humanidade, a integridade, a religião e a caridade.

A título de encerramento, quanto aos questionamentos propostos, é possível afirmar que no período da Renascença: a) foi possível o distanciamento da Moral do Direito com conceitos como o de negativa da existência de um sumo bem e o de repressão do povo, que deveria ser tratado como massa; b) logo, a Moral deixou de possuir uma relação com o Direito, pois o seu conteúdo não necessariamente abrangeria o que seria justo perante o Estado; c) contudo, não foi possível negar totalmente a existência de um conceito de Moral, a qual ficaria reservada, obrigatoriamente, ao espaço privado e, facultativamente, ao espaço público, sendo o poder do soberano exercido no último.

Devido a fatores como a invasão francesa de 1494 e outros desastres políticos, bem como à Reforma Católica, a Renascença teve seu declínio (BURNS, 2001, p. 356-357). Após, perdurou a Era do Absolutismo, que se estendeu de 1500 a 1789, fruto da superação das ameaças de fragmentação por países como Inglaterra, França e Espanha (BURNS, 2005, p. 425). Os monarcas dos séculos XVI, XVII e XVIII agiam de forma autocrática, baseados na teoria política desenvolvida até então que negava a exigência do respeito à Moral no espaço público (BURNS, 2005, p. 448). Somente num momento histórico posterior se permitiu algum resgate da aproximação entre a Moral e o Direito, qual seja o da Revolução Intelectual dos séculos XVII e XVIII, com o movimento do Iluminismo, que conferiu alicerce para as Revoluções Francesa e Industrial.

1.3 Início da Idade Contemporânea e algum resgate do conteúdo moral no Direito como reflexo do Iluminismo

Depois da ruptura entre as esferas da Moral e do Direito, inicialmente abolindo o conteúdo ético do segundo, o pensamento do início da Contemporaneidade permitiu um retorno a tal exigência ética, embora os reflexos deste retorno filosófico não tenham sido

relevantes o suficiente a ponto de impedir o movimento positivista que se seguiu. Ainda assim, como o trabalho prima pela compreensão conceitual da Ética, mostram-se relevantes alguns questionamentos, que serão tomados com base na filosofia kantiana: a) existindo, em que consiste o conteúdo moral do Direito; b) qual a abordagem da Moral à época, isto é, o que se entende por agir virtuoso. Antes, vale a pena retornar a alguns aspectos históricos.

A chamada Revolução Intelectual dos séculos XVII e XVIII tem raízes na história da Renascença, que propiciou horizontes intelectuais mais amplos e uma prosperidade geral. Teve como precursores Bacon, Descartes, Locke e Newton. (BURNS, 2005, p. 453-454). A atmosfera do Iluminismo fundamenta-se nos pensadores da Revolução Intelectual do século XVII, tendo como princípios basilares: a) o lugar dos homens e mulheres no universo passa a ser o de uma parte de uma cadeia de seres vivos, sendo responsáveis, no entanto, por todas as suas ações, já que dotados de razão; b) há uma nova atitude em relação a Deus e à religião organizada, pois se Deus criou as leis naturais e pôs o mundo em funcionamento, não havia de se esperar o estabelecimento de exceções a ela; c) tomam-se as civilizações clássicas de Grécia e Roma como modelo, rejeitando os pronunciamentos morais do cristianismo; d) busca de uma compreensão rigorosa dos mecanismos deste mundo; e) humanitarismo, no sentido de que um verdadeiro entendimento do mundo presente levaria a um mundo melhor no futuro (BURNS, 2005, p. 460-461).

O Iluminismo lançou base para os dois principais eventos que ocorreram no início da Idade Contemporânea, quais sejam as Revoluções Francesa e Industrial. Tiveram origem nestes movimentos todos os principais fatos do século XIX e do início do século XX, por exemplo, a disseminação do liberalismo burguês, o declínio das aristocracias fundiárias e o desenvolvimento da consciência de classe entre os trabalhadores (BURNS, 2005, p. 478).

Em resumo, a Revolução Francesa decorreu da incapacidade do governo de resolver sua crise financeira, ascendendo com isso a classe burguesa (*sans-culottes*), sendo o primeiro evento de tal ascensão a Queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789, seguida por outros levantes populares. Derrubados os privilégios das classes dominantes, a Assembleia se reuniu para o preparo de uma carta de liberdades, que veio a ser a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. (BURNS, 2005, p. 494-497).

Entre outras noções, tal documento previu: a liberdade e igualdade entre os homens quanto aos seus direitos (artigo 1º), a necessidade de conservação dos seus direitos naturais, quais sejam a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (artigo 2º); a limitação do direito de liberdade somente por lei (artigo 4º); o princípio da legalidade (artigo

7°); o princípio da inocência (artigo 9°); a manifestação livre do pensamento (artigos 10 e 11); e a necessária separação de poderes (artigo 16) (FRANÇA, 2012).

Já a Revolução Industrial, que começou na Inglaterra, criou o sistema fabril, o que reformulou a vida de homens e mulheres pelo mundo todo, não só pelos avanços tecnológicos, mas notadamente por determinar o êxodo de milhões de pessoas do interior para as cidades. Os milhares de trabalhadores se sujeitavam a jornadas longas e desgastantes, sem falar nos ambientes insalubres e perigosos, aos quais se sujeitavam inclusive as crianças. Neste contexto, surgiu a consciência de classe (BURNS, 2005, p. 529-540), lançando-se base para uma árdua luta pelos direitos trabalhistas.

Assim, estes dois movimentos tiveram muito mais repercussão que o próprio Iluminismo pelo mundo todo e possibilitaram uma retomada da aproximação entre Moral e Direito que se percebe na filosofia da época. No presente, demonstra-se isto por meio do estudo da obra *Crítica da razão prática*, com algumas passagens pela *Doutrina do Direito*, ambas de Immanuel Kant¹⁰.

Segundo Kant (1993, p. 44), a ciência do direito justo é aquela que se preocupa com o conhecimento da legislação e com o contexto social em que ela está inserida. Ainda, para Kant (1993, p. 47), o Direito é dotado de elemento coativo externo, ao contrário da moral. Seria tal elemento a distinção mais substancial entre Moral e Direito já que, sob o aspecto do conteúdo, seria inconcebível que o Direito prescrevesse algo contrário à Moral kantiana, que não aceita desrespeito à lei moral e ao seu respectivo imperativo categórico. Neste sentido, aliás, segundo Kant (1993, p. 47), seria injusto tudo o que contrariasse a liberdade, sendo que a liberdade kantiana não é possível sem o dever de respeito à Moral.

Quanto ao elemento coação, também existe na Moral, embora se trate de uma coação interna. No início da *Crítica da Razão Prática*, Kant (2005, p. 34) se referiu à existência de uma coação interior, embora intelectual, fruto da ação da razão prática em sentido contrário a um arbítrio patologicamente afetado por desejos de causas subjetivas.

Nesta linha de pensamento, destacou Kant (2005, p. 32-33):

com efeito, a razão pura em si mesma prática aqui resulta imediatamente legisladora. A vontade é concebida como independente de condições empíricas e, por conseguinte, como vontade pura, determinada mediante a simples forma da lei. [...] A razão pura é por si mesma prática, facultando (ao homem) uma lei universal que denominamos lei moral.

¹⁰ Kant viveu de 1724 a 1804 na Alemanha e em sua obra desenvolveu um complexo estudo da Moral sob o viés da razão. Contudo, também elaborou estudos a respeito do Direito e da paz mundial. Desenvolveu um conceito de liberdade que passava pelo necessário respeito à lei moral. Foi influenciado pelo Iluminismo, o que se percebe por sua devoção à razão, mas foge em muitos aspectos ao ideário de tal movimento (BURNS, 2005, p. 580).

Considerou, ainda, Kant (2005, p. 40): "na idéia [sic] da nossa razão prática há ainda alguma coisa que acompanha a transgressão da lei moral, isto é: a possibilidade do castigo. [...] Em todo castigo que o seja, deve antes de tudo, como tal, haver justiça, constituindo essa o essencial desse conceito". Assim, haverá alguma espécie de sanção tanto perante a Moral - notadamente interna, num sentido de repressão a si mesmo - quanto diante do Direito, que somente será justa se efetivamente violada a lei moral.

Somente não existirá transgressão à norma ética se o indivíduo que a praticou não poderia ter agido de outra forma, sendo injusto puni-lo no caso. Explicou Kant (2005, p. 95):

se em relação a um homem que cometeu um furto eu afirmo que tal ação, segundo a lei natural da causalidade para os motivos determinantes do tempo passado, é uma eventualidade necessária, isso equivale a dizer que não poderia deixar de cometê-la. Mas, então, como pode o juízo, segundo a lei moral, operar aqui qualquer modificação e aventar que tal ato poderia ser evitado porque a lei diz que não deveria ocorrer?

Continuou Kant (2005, p. 97-98) expondo que um homem pode usar diversos recursos para justificar uma ação contrária à lei, alegando que o fez por um erro involuntário ou por inadvertência, coisas que não são sempre possíveis de se evitar; pode declarar-se inocente, mesmo não o sendo; mas a razão prática não o livrará da autocrítica. Em resumo, Kant defendeu a existência de uma coação subjetiva resultado da culpa pelo desrespeito da lei moral, independentemente das justificativas que se busque dar ao ato.

No elemento coação, seja interno ou externo, percebe-se a reaproximação entre Moral e Direito, discutindo-se o justo sob o viés da lei moral. O rigor da filosofia moral de Kant demonstra que qualquer Direito que contrariasse o que a lei moral determina seria injusto, não se aceitando que o homem contrarie a ação determinada por tal lei apenas para obedecer uma lei posta. Com efeito, vale ressaltar alguns aspectos deste rigor teórico, sem embargo da compreensão do conteúdo da Moral kantiana.

Kant (2005, p. 10) pretendeu, em sua obra *Crítica da razão prática*, trazer uma fórmula do princípio do dever e travar um conhecimento provisório sobre o seu conceito. No uso prático da razão Kant (2005, p. 17) se ateve aos fundamentos da determinação da vontade.

Nessa linha, Kant (2005, p. 19) defendeu a existência de princípios práticos, ou seja, proposições determinantes da vontade, que podem ser subjetivos (máximas), quando a condição só é considerada verdadeira pelo sujeito, ou objetivos (leis práticas), se a condição é reconhecida como válida para a vontade de todo ser natural.

Como a razão pura é capaz de trazer um fundamento suficiente para a determinação da vontade, Kant (2005, p. 19-20) considerou que existem leis práticas, sendo possível, no

entanto, que em caso de *vontades afetadas* ocorram conflitos entre a máxima e a lei prática. Assim, numa vontade correta, a máxima será sempre compatível com a lei prática.

Para Kant (2005, p. 20), a razão se ocupa da faculdade de desejar e, embora para alguns seres a razão não seja o único fato que pode determinar a vontade, não há impedimento para o agir ético, pois em tais casos prevalecerá um imperativo, que é uma regra designada por um *dever ser* capaz de provocar a ação adequada. A máxima, subjetiva, pode determinar a vontade, mas não a ação, que se sujeita aos imperativos determinantes do dever ser. Uma incompatibilidade entre a máxima e a lei prática não implicaria numa ação contrária à última.

Segundo Kant (2005, p. 20-21) os imperativos podem ser hipotéticos e categóricos; constituindo os hipotéticos meros preceitos de habilidade, ou seja, um pensamento condicionado, existente apenas por conta de um efeito visualizado; e os categóricos preceitos absolutos e incondicionados, válidos sem condições subjetivas. Em outras palavras, o imperativo categórico é a lei prática válida e buscada por si só e não por um fim.

Kant (2005, p. 21-22) entendeu que os princípios práticos que são empíricos e se baseiam em um objeto da faculdade de desejar para determinar uma vontade não podem proporcionar uma lei prática, de modo que a condição de receptor o prazer ou a dor apenas é suficiente para determinar uma máxima. Em Kant (2005, p. 25), a razão como determinante única da vontade, independente das inclinações, é a verdadeira faculdade superior de desejar, razão pela qual defende a existência de uma razão pura prática determinante do agir ético.

Assim, a razão pura deve ser adotada como determinante da vontade, papel que não pode ser assumido pela razão empírica.

Kant (2005, p. 30-31) determinou a lei fundamental da razão pura prática com base em dois fundamentos: o primeiro é o de que, sendo possível a determinação da vontade com base em uma vontade livre de inclinações, é preciso encontrar uma lei apta para realizar tal determinação; e o segundo é o de que existe uma lei moral da qual temos consciência imediata, que não pode ser ultrapassada por nenhuma condição sensível.

A lei fundamental da razão pura prática em Kant (2005, p. 32) se resume no seguinte postulado: "age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal".

Ao estabelecer uma típica para o juízo puro prático, Kant (2005, p. 70) explicou:

a regra do juízo sob as leis da razão pura prática é a seguinte: - indaga de ti mesmo se a ação que concebes poderias considerá-la possível, mediante a tua vontade, supondo-se que deveria acontecer segundo uma lei da natureza, da qual fosses tu mesmo uma parte. Mediante essa regra, cada um, efetivamente, julga se as ações são boas ou más sob o aspecto moral. [...]

Mas, se a máxima da ação não pode resistir a um confronto com a forma de uma lei natural em geral, tal máxima é moralmente impossível.

O homem tem plena consciência da lei moral independente do objeto dado, embora possua o livre-arbítrio de não segui-la. Enfim, todo ser racional tem capacidade de seguir a lei moral, indo contra máximas por eles estabelecidas, apesar de não o fazerem sempre.

Nesta linha, Kant (2005, p. 35) conceituou a virtude como a "[...] segurança do progresso infinito das suas máximas e da imutabilidade delas para uma ininterrupta marcha progressiva". Desta forma, o conceito de virtude do filósofo envolve a evolução do racional, não sendo possível atingir a perfeição no respeito à lei moral de maneira absoluta facilmente.

Kant (2005, p. 35) disse que a autonomia da vontade é o único princípio que fundamenta as leis morais e os deveres a elas correspondentes, o que não pode ser feito pelo princípio da heteronomia do livre-arbítrio. Aqui, entende-se que a autonomia da vontade corresponde ao uso da razão pura como único determinante da vontade, enquanto que a heteronomia do livre-arbítrio se refere à influência de fatos empíricos na faculdade de desejar.

Ainda, segundo Kant (2005, p. 48) a liberdade é a base das leis morais, logo, as leis práticas são possíveis apenas porque há liberdade e esta, por sua vez, é necessária porque aquelas leis existem como postulados práticos. No entanto, Kant (2005, p. 50), por entender não ser possível conhecer o objeto ao qual se atribui a causalidade em face do conceito de liberdade como princípio regulador da razão, buscou fugir da ideia do condicionado, preenchendo com o incondicionado o lugar que, na razão especulativa, permaneceu vazio.

Em outras palavras, na razão prática passou a ser aceitável o incondicionado como pressuposto do conceito de liberdade, o que não era possível na razão pura ou especulativa.

Nesta linha, considera-se que, pelo pensamento de Kant (2005, p. 109), o sumo bem é visto como objeto da razão pura prática, mas não deve ser considerado o fundamento de sua determinação, porque a lei moral isolada é o motivo determinante da vontade pura, de modo que no conceito de bem supremo já está incluída a lei moral.

No entender de Kant (2005, p. 110), a virtude, considerada como dignidade de ser feliz, constitui o bem mais elevado, mas não o bem mais completo, envolvendo o conceito de sumo bem também a felicidade. Kant (2005, p. 111-114) ponderou no sentido de que a única possibilidade de conexão entre a virtude e a felicidade é o estabelecimento de uma relação de causa e efeito pela qual a virtude produza a felicidade, propositura que somente é falsa se considerada como a forma de causalidade no mundo sensível.

Isso quer dizer que o homem virtuoso poderá não ser plenamente feliz no plano terreno, o que levou o pensador a entender que para agir nestes moldes o homem necessita da

crença no incondicionado, isto é, na felicidade plena após a vida, embora não seja possível comprovar que este plano posterior à vida exista. Assim, o pensador visualiza a felicidade como algo distinto do sentimento de prazer, ou seja, como um objeto fora do mundo sensitivo, mais, como uma promessa futura que aparece fundamentada pelo conceito de incondicionado.

Concluindo, percebe-se que embora Kant tenha tratado de forma superficial a respeito do Direito, aprofundando-se no estudo da Moral, há certa ligação entre o que a lei deve impor e a chamada lei moral, representada por seu respectivo imperativo categórico. Logo, o Direito não pode mais ser totalmente afastado na Moral, pois a lei moral deve ser respeitada tanto no espaço privado quanto no público. No tratamento desta lei moral, o filósofo transfere totalmente ao homem a responsabilidade pelos seus atos, que devem ser determinados apenas pela razão, ou seja, a racionalidade do homem impõe que ele tenha ciência de seu lugar no universo e assuma as responsabilidades inerentes a tal posição. Trata-se de uma característica marcante deste período da história, altamente racionalista.

1.4 Ascensão dos regimes totalitários e a sua respectiva base jurídica positivista

No final do século XIX e no início de século XX, o mundo passou por variadas crises de instabilidade diplomática, posto que vários países possuíam condições suficientes para se sobreporem sobre os demais, resultado dos avanços tecnológicos e das melhorias no padrão de vida da sociedade. Neste contexto, surgiram condições para a eclosão das duas Guerras Mundiais, eventos que alteraram o curso da história da civilização ocidental. Entre estas, destaca-se a Segunda Guerra Mundial, cujos eventos foram marcados pela desumanização: todos com o devido respaldo jurídico perante o ordenamento dos países que determinavam os atos. A teoria jurídica que conferiu fundamento a um Direito que aceitasse tantas barbáries, sem perder a sua validade, foi o Positivismo, sendo o seu estudo a questão central do tópico.

Durante o século XX se passaram alguns dos mais trágicos eventos da humanidade, a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais, fruto de variadas pressões internacionais e internas. Por volta de 1870 e nas décadas seguintes, a Europa ocidental e os Estados Unidos possuíam um poder maior do que qualquer nação ou império anterior, superando os setores menos desenvolvidos do mundo. Tal domínio gerou uma preocupação de que uma destas potências preponderasse sobre a outra. Daí decorreram tensões políticas intensas, que cresciam dentro de cada nação, tornando-se impossível evitar a guerra (BURNS, 2005, p. 596).

Com efeito, em 1914 eclodiu a Primeira Guerra Mundial, apesar das inúmeras tentativas de diplomacia após 1870. Em 1882, foi formada a Tríplice Aliança, entre Alemanha, Itália e Áustria-Hungria, visando impedir que a França buscasse vingança após a derrota na Guerra Franco-Prussiana. Contudo, os países europeus começaram a desconfiar das boas intenções dos seus vizinhos e, em 1907, se formou a Tríplice Entente, composta por França, Grã-Bretanha e Rússia. Dentro das próprias alianças não eram poucos os conflitos internos e, aliados a esta instabilidade diplomática, o nacionalismo e o militarismo contribuíram para que começasse a Primeira Guerra Mundial. (BURNS, 2005, p. 663-667).

Colocados muitos interesses em jogo, os países guerrearam em dois blocos: de um lado, Sérvia, Rússia, França, Grã-Bretanha, Japão, Itália, Romênia, Estados Unidos, Grécia, Portugal e Brasil; de outro lado, Áustria, Alemanha, Bulgária e Turquia (BURNS, 2005, p. 670-675). O segundo grupo foi derrotado, sendo cada país submetido a um pacto de rendição formulado pela Liga das Nações; o mais famoso destes é o Tratado de Versalhes, aplicado à Alemanha, que impunha em suas cláusulas a entrega de territórios e armamentos, bem como o pagamento de uma indenização bilionária (BURNS, 2005, p. 683).

Na Europa, ascenderam após a Primeira Guerra Mundial três regimes totalitários, presentes na Rússia, na Itália e na Alemanha. Na Rússia, após a revolução de novembro de 1917, os líderes bolcheviques se viram compelidos a centralizar o poder nas mãos de poucos, assumindo como líderes, primeiramente, Lenin e, com o falecimento deste, Stalin, apesar da preferência de alguns por Trotski. Na Itália, o fascismo, liderado por Benito Mussolini, emergiu devido aos efeitos desmoralizadores e humilhantes da guerra, adotando como premissas o totalitarismo, o nacionalismo e o militarismo. Na Alemanha, o sentimento de humilhação oriundo da derrota na guerra, deixando o país a mercê de seus inimigos, bem como a inflação intensa e o medo do bolchevismo, levaram à formação do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães, que tinha o austríaco Adolf Hitler como líder, o qual adotava ardentes ideais políticos antissemitas. O fascismo italiano nunca teve um fundamento racista, mas se assemelhava ao nazismo em muitos aspectos e, quando da sua aliança, a Itália chegou a promulgar decretos antissemitas. (BURNS, 2005, p. 692-705).

Buscando evitar a guerra, as democracias ocidentais toleraram o máximo possível as ambições de expansão de Hitler e quando perceberam que seu apetite não teria fim já era tarde demais, afinal, a Alemanha já tinha anexado a Áustria e a Tchecoslováquia, e em breve conquistaria a Polônia, apesar do auxílio armado finalmente prestado pela Grã-Bretanha, que declarou guerra à Alemanha em seguida à invasão, no ano de 1939, juntamente com a França. Em seguida, os alemães conquistaram Noruega, Dinamarca, Bélgica, Holanda, França e parte

da Rússia. A guerra tornou-se um conflito global com o ataque japonês à base americana de Pearl Harbor em 1941. (BURNS, 2005, p. 724-726).

Chegou ao fim somente em 1945, após uma sucessão de falhas alemãs, que impediram a conquista de Moscou, desprotegeram a Itália e impossibilitaram o domínio da região setentrional da Rússia (produtora de alimentos e petróleo). Já o evento que culminou na rendição do Japão foi o lançamento das bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki. (BURNS, 2005, p. 724-726).

O mundo somente tomou conhecimento da extensão da tirania alemã quando os exércitos Aliados abriram os campos de concentração na Alemanha e nos países por ela ocupados, encontrando prisioneiros famintos, doentes e brutalizados, além de milhões de corpos dos judeus, poloneses, russos, ciganos, homossexuais e traidores do Reich em geral, que foram perseguidos, torturados e mortos (BURNS, 2005, p. 727).

No Tribunal de Nuremberg, ao qual foram submetidos a julgamento os principais líderes nazistas, o principal argumento levantado foi o de que todas as ações praticadas foram baseadas em ordens superiores, todas dotadas de validade jurídica perante a Constituição.

No plano do Direito, uma das maneiras de assegurar o primado do movimento foi o amorfismo jurídico da gestão totalitária. Este amorfismo reflete-se tanto em matéria constitucional quanto em todos os desdobramentos normativos. A Constituição de Weimar nunca foi ab-rogada durante o regime nazista, mas a lei de plenos poderes de 24 de março de 1933 teve não só o efeito de legalizar a posse de Hitler no poder como o de legalizar geral e globalmente as suas ações futuras. Dessa maneira, como apontou Carl Schmitt - escrevendo depois da II Guerra Mundial -, Hitler foi confirmado no poder, tornando-se a fonte de toda legalidade positiva, em virtude de uma lei do Parlamento que modificou a Constituição. Também a Constituição stalinista de 1936, completamente ignorada na prática, nunca foi abolida. (LAFER, 2009, p. 95).

Como observa Lafer (2009, p. 17), com a crescente positivação do Direito pelo Estado, ele se tornou um simples instrumento de gestão e comando da sociedade, ou seja, deixou de ser algo dado pela razão comum, gerando uma mutabilidade no tempo e um particularismo no espaço: o lícito e o ilícito passou a ser basicamente o que cada Estado impõe como tal, não o consolidado pelo direito natural.

Logo, se a Constituição alemã autorizava o tratamento desigual dos homens, não importava que uma lei natural superior à escrita e inerente à razão do homem dissesse que todos os homens eram iguais sem restrições. A teoria jurídica que permite que um Direito com este teor seja considerado válido - embora não propriamente correto em termos éticos,

isto é, apesar de injusto - é o Positivismo, que teve como precursor Hans Kelsen¹¹, com a obra *Teoria Pura do Direito*.

Kelsen (2003, p. 1-2) explicou a pureza de sua teoria dizendo que pretende tratar de uma ciência jurídica do Direito, não política, reconhecendo que a jurisprudência tem confundido Direito com psicologia, sociologia, ética e teoria política - que indubitavelmente são objetos conexos ao Direito, porém distintos.

Ao tratar do dever-ser, Kelsen (2003, p. 8-10) argumentou que somente existe quando uma conduta é considerada objetivamente obrigatória e, caso este agir do dever-ser se torne subjetivamente obrigatório, surge o costume, que pode gerar a produção de normas morais ou jurídicas; contudo, somente é possível impor objetivamente uma conduta por meio do Direito, isto é, a lei que estabelece o dever-ser.

Sobre a validade objetiva desta norma de dever-ser, Kelsen (2003, p. 12) entendeu que é preciso uma correspondência mínima entre a conduta humana e a norma jurídica imposta, logo, para ser vigente é preciso ser eficaz numa certa medida, considerando eficaz a norma que é aceita pelos indivíduos de tal forma que seja pouco violada. Embora afirme que a eficácia, ainda que em pequena escala, como condição mínima de validade, Kelsen (2003, p. 20) nega que seja inerente a sua teoria científica tratar dos valores procedentes de uma autoridade superior ao homem, qual seja Deus ou a natureza por ele criada.

Percebe-se que o pensador isola em sua teoria elementos para a compreensão do Direito como ciência pura, que pode ser isolada das demais ciências a ele conexas, como a filosofia, a sociologia e a psicologia. Logicamente, a compreensão de um Direito nestes moldes impõe o que Kelsen (2003, p. 14) considerou um processo de interpretação conforme regras dos diplomas específicos. O sistema adequado ao positivismo seria assim o mais fechado possível, abrangendo vasta gama de condutas.

Com efeito, Kelsen (2003, p. 275-276) negou a existência de lacunas no Direito, a não ser que assim se considerem situações em que existe a norma mas ela não atende aos interesses do que o julgador pensa ser justo no caso concreto, e alegou que traria muita insegurança e violação de competência atribuir ao Tribunal o papel de legislar. Apesar de reconhecer a falta de flexibilidade deste sistema, Kelsen (2003, p. 279) prioriza a segurança jurídica, atribuindo o exercício exclusivo da determinação de normas gerais pelo Legislativo.

¹¹ Hans Kelsen nasceu em 1881 em Praga e faleceu em Berkeley, Estados Unidos, em 1973. Autor da Constituição austríaca de 1920, sua Teoria do Direito pregava uma estrutura purista pela qual a ciência jurídica é apenas uma ciência do dever ser. (REALE, 2002, p. 454-459).

Logo, diminui-se espaço para o exercício da ponderação conforme os elementos da razão humana, isto é, cai por terra a exigência de um conteúdo moral no Direito para a sua validade. Por sua vez, o jurista explica as distinções entre Moral e Direito, o que permite compreender o lugar de cada uma destas ordens em sua teoria.

Segundo Kelsen (2003, p. 25), Moral e Direito são ordens sociais, que possuem a sanção - no sentido de concessão de prêmio ou aplicação de pena - como ponto em comum. Deste modo, Kelsen (2003, p. 33) definiu o Direito como ordem, ou seja, como um sistema de normas com o mesmo fundamento de validade - a existência de uma norma fundamental. Não importa qual seja o conteúdo desta norma fundamental, ainda assim ela conferirá validade à norma inferior com ela compatível. Sobre o Direito dos Estados totalitários, aduziu Kelsen (2003, p. 44):

segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados.

Esta norma fundamental que confere fundamento de validade a uma ordem jurídica é, para Kelsen (2003, p. 52), a Constituição. Assim, no entender de Kelsen (2003, p. 54), a justiça não é a característica que distingue o Direito das outras ordens coercitivas porque é relativo o juízo de valor segundo o qual uma ordem pode ser considerada justa. Percebe-se que a Moral é afastada como conteúdo necessário do Direito, já que a justiça é o valor moral inerente ao Direito. Kelsen (2003, p. 68-70) explicou as semelhanças entre Moral e Direito:

a distinção entre a Moral e o Direito não pode referir-se à conduta a que obrigam os homens as normas de cada uma destas ordens sociais. O suicídio não pode ser apenas proibido pela Moral, mas tem de o ser também pelo Direito; a coragem e a castidade não podem ser apenas deveres morais - são também deveres jurídicos. E também a concepção, freqüentemente [sic] seguida, de que o Direito prescreve uma conduta externa e a Moral uma conduta interna não é acertada. As normas das duas ordens determinam ambas as espécies de condutas. [...] O Direito e a Moral também não se podem distinguir essencialmente com referência à produção ou à aplicação das suas normas. Tal como as normas do Direito, também as normas da Moral são criadas pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente (v.g. por parte de um profeta ou do fundador de uma religião, como Jesus). Neste sentido a Moral é, como o Direito, positiva, e só uma Moral positiva tem interesse para uma Ética científica, tal como apenas o Direito positivo interessa a uma teoria científica do Direito.

Mesmo a Moral kelseniana foge do ideário de um valor que paira sobre a razão humana e chega a ser considerada uma ordem dogmática, com valores fechados. Na prática, é impossível aceitar o estabelecimento rigoroso das diretrizes morais, o máximo que se pode

pretender é tornar a sua compreensão o mais semelhante possível entre todos os homens quanto mais efetivamente próxima do que a razão humana impõe. Num juízo de razoabilidade e proporcionalidade, de algum cunho subjetivo, é difícil estabelecer uma única resposta possível, mas é fácil excluir as respostas que contrariem aquilo que o agir ético impõe.

Neste sentido, a única diferença entre Moral e Direito, segundo Kelsen (2003, p. 71), é a coação, que somente o segundo possui.

Ainda, no pensamento de Kelsen (2003, p. 71), uma questão é se de fato existe uma relação entre Direito e Moral, outra questão é a relação que deve existir entre Direito e Moral. A respeito, Kelsen (2003, p. 71-72) explicou que à primeira questão se diz que o Direito é por sua essência moral, possuindo as mesmas regras de conduta que a Moral prescreve - não sendo assim, a ordem jurídica não pode ser considerada Direito pois não é justa; ou então se diz que o Direito pode ser moral mas não deve necessariamente o ser para que seja Direito - no caso, se não for moral, ainda será Direito, muito embora deva ser moral. E Kelsen (2003, p. 72-73) complementou:

quando se entende a questão das relações entre o Direito e a Moral como uma questão acerca do conteúdo do Direito e não como uma questão acerca da sua forma, quando se afirma que o Direito por sua própria essência tem um conteúdo moral ou constitui um valor moral, com isso afirma-se que o Direito vale no domínio da Moral, que o Direito é uma parte constitutiva da ordem moral, que o Direito é moral e, portanto, é por essência justo. Na medida em que uma tal tese vise uma justificação do Direito - e é este o seu sentido próprio -, tem de pressupor que apenas uma Moral que é a única válida, ou seja, uma Moral absoluta, fornece um valor moral absoluto e que só as normas que correspondam a esta Moral absoluta e, portanto, constituam, o valor moral absoluto, podem ser consideradas "Direito". Quer dizer: parte-se de uma definição do Direito que o determina como parte da Moral, que identifica Direito e Justiça. [...] Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais.

O jurista entende que como a Moral não tem valores absolutos, não pode ser considerada um elemento essencial do Direito. No entanto, como se depreende da filosofia até então estudada, os valores morais são absolutos, dotados de certa estática, sendo apenas adaptáveis às novas exigências sociais. Tal como a Moral, as cláusulas abertas e os princípios gerais do Direito proporcionam esta necessária abertura, conferindo alguma flexibilidade ao sistema. Em outras palavras, valores ponderáveis não deixam de ser absolutos. Ainda assim, refutando este ideário, Kelsen (2003, p. 74) afirmou que o Direito não precisa ser composto por um mínimo moral, nem mesmo pelo valor paz.

Na seguinte passagem, Kelsen (2003, p. 77) é esclarecedor:

a necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar o desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer a descrever.

Assim, Kelsen (2003, p. 118) explica a tendência avessa às ideologias da Teoria Pura do Direito, não confundindo o direito positivo com o direito ideal ou justo. Kelsen (2003, p. 243) explicou que numa genuína doutrina do direito natural nem toda ordem coerciva é objetivamente válida, aceitando-se um conflito entre o direito natural e o positivo, prevalecendo sempre o primeiro. A doutrina de Kelsen (2003, p. 221) deixa claro que todo conteúdo pode compor o Direito, desde que respeitado o procedimento em sua criação:

uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser de Direito.

O jurista alemão não ficou satisfeito com a interpretação dada à sua Teoria Pura do Direito pelos regimes totalitários. Na introdução de sua obra, Kelsen (2003, p. XII) criticou os argumentos dirigidos contra a sua teoria e a sua má utilização segundo as necessidades de certo regime estatal. Nada disso impediu que o positivismo jurídico fosse condenado, diante das graves consequências que precisam ser suportadas com a aceitação de uma ordem jurídica que não tenha o elemento do justo como requisito de validade. Explica Lafer (2009, p. 47):

a preponderância do direito positivo na experiência jurídica dos séculos XIX e XX [...] levou a um modo corrente de aproximar-se do Direito, que consiste na afirmação: não existe outro Direito que não o direito positivo. Tal afirmação, que é uma das dimensões importantes do positivismo jurídico, recusa evidentemente a distinção dicotômica entre um Direito ideal e um Direito real, com a qual opera o paradigma do direito natural deontológico.

Portanto, foi necessário que, após a verificação dos reflexos da guerra, se buscasse uma solução jurídica que impedisse que outros atos semelhantes tivessem respaldo jurídico, apesar de não serem dotados de arcabouço ético, o que foi possível com um resgate dos conceitos de lei natural e de direitos naturalmente inerentes ao homem, declarando-os no âmbito internacional.

1.5 A derrota do positivismo no período pós-guerra e a retomada do conteúdo moral no Direito pelo humanismo

Os graves eventos que ocorreram durante a guerra baseados no ideário positivista, notadamente o extermínio de milhões de civis, numa ideologia antissemita positivada na Constituição do país que determinava tais atos, fez com que este arcabouço teórico caísse por terra. Passou a ser necessário o resgate do conteúdo moral no Direito, deixando claro que existem direitos inerentes ao homem que não podem ser violados.

No presente tópico, pretende-se responder às seguintes questões, seguindo a filosofia humanista que baseou a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela obra de um de seus redatores, Jacques Maritain¹²: a) como deveria ser tratado o elemento do justo no Direito a partir de então, ou seja, em que consistiria o conteúdo moral do Direito; b) se, para o retorno ao elemento axiológico no Direito, seria efetuado um resgate da lei natural; d) o que se esperar do agir moral por parte dos homens na vida em sociedade dali para frente.

Inicialmente, vale ressaltar a constituição de um órgão que foi o responsável por redigir o primeiro documento de relevância internacional abrangendo a questão dos direitos humanos. Em 26 de junho de 1945 foi assinada a carta de organização das Nações Unidas, que tem por fundamento o princípio da igualdade soberana de todos os estados que buscassem a paz, possuindo uma Assembleia Geral, um Conselho de Segurança, uma Secretaria, em Conselho Econômico e Social, um Conselho de Mandatos e um Tribunal Internacional de Justiça (BURNS, 2005, p. 731).

No dia 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas elaborou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Moraes (1997, p. 36-37) lembra que a Declaração de 1948 foi a mais importante conquista no âmbito dos direitos humanos fundamentais em nível internacional, muito embora o instrumento adotado tenha sido uma resolução, não constituindo seus dispositivos obrigações jurídicas dos Estados que a compõem. O fato é que desse documento se originaram muitos outros, nos âmbitos nacional e internacional, sendo que dois deles praticamente repetem e pormenorizam o seu conteúdo, quais sejam: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No âmbito nacional, destacam-se as positivações nos textos das Constituições Federais. Afinal, como explica Lafer (2009, p. 38), a afirmação

¹² Jacques Maritain nasceu em 1882 e faleceu em 1973. Foi influenciado pela filosofia de Santo Tomás de Aquino após converter-se ao catolicismo, podendo ser considerado um exímio restaurador de tal filosofia. Foi representante da França junto ao Vaticano e mais tarde ensinou filosofia na Universidade de Princeton. (POZZOLI, 2001, p. 57-59).

do jusnaturalismo moderno de um direito racional, universalmente válido, gerou implicações relevantes na teoria constitucional e influenciou o processo de codificação a partir de então.

O resgate humanista buscado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser percebido mesmo no seu preâmbulo:

considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum. [...] (ONU, 2012a).

Nota-se a preocupação com a garantia da igualdade entre todos os seres humanos, repudiando todo e qualquer ideário racista, bem como remetendo aos atos de desrespeito aos direitos humanos que evidenciam a necessidade de garantir um conteúdo ético mínimo ao Direito. Um resgate axiológico se mostrava necessário e um documento que atingisse a esfera internacional demonstraria esta nova preocupação da sociedade global. Neste sentido, entende Lafer (2009, p. 78-79):

esta busca de uma objetividade dos valores, revigorada pelo conceito de natureza das coisas, foi uma tentativa de lidar com a ruptura totalitária. Baseava-se numa expectativa esperançosa de que o direito natural pudesse vir a desempenhar, diante da crise da Sociedade, do Estado e do Direito, no século XX, a mesma função histórica que desempenhou nos séculos XVII e XVIII - qual seja, a se buscar delimitar o poder do soberano.

As premissas para a elaboração da Declaração de 1948 se encontram em estudos jurídico-filosóficos de diversos autores, como Hannah Arendt e Jacques Maritain. No presente, opta-se pelo estudo das obras *A Lei Natural e os Direitos do Homem* e *Humanismo Integral*, ambas de Jacques Maritain, que mostram não só o fundamento para o reconhecimento dos direitos humanos, mas também o conteúdo que deles era esperado.

O Humanismo Integral constitui a filosofia que Maritain entendeu dever ser aplicada na sociedade para que ela se desenvolva de maneira salutar. Para tanto, o pensador acabou delimitando as principais características do agir moral individualmente considerado, devendo este compor a consciência de todas as pessoas que vivam em sociedade. Também com base nesta filosofia, o pensador defendeu o resgate da lei natural como algo necessário no contexto pós-guerra e preconizou as diretrizes básicas dos direitos humanos.

No entendimento de Maritain (1962, p. 105-130), a nova sociedade humanista deveria ser fundada por alguns caracteres: comunitária, visando o bem comum de um todo de

peças humanas; personalista, já que o bem comum não deve ser só o da sociedade, mas o do indivíduo considerado como pessoa humana; peregrinal, isto é, com pessoas não instaladas em moradias definidas, mas viajantes; pluralista, unindo diversos grupos e estruturas sociais que encarnem liberdades positivas.

Maritain (1962, p. 141-144) pensou ainda que nesta nova cristandade é preciso que a pessoa tenha liberdade de autonomia, a qual emerge acima da estrutura política da cidade, razão pela qual o Estado deve ser neutro. Se o Estado não está acima da pessoa humana, como deveria ser encarado o Direito no Humanismo Integral?

Nesta linha, aduziu Maritain (1967, p. 40) que é necessário o desenvolvimento do Direito, bem como de um senso de honra e justiça e da amizade cívica: à justiça e ao Direito, por dizerem respeito à personalidade e possuírem a função de transformar a relação do todo individual e do todo social, cabe impor a lei ao homem *como se este fosse um agente moral* e dirigindo-se à razão e ao livre-arbítrio; ao amor cabe aceitar voluntariamente a opressão e a transformá-la em dádiva e liberdade, dando dinamismo e força à estrutura social.

Desta forma, vislumbra-se que o filósofo não descarta a necessidade do Direito para a formação da estrutura social: contudo, este não aparece alheio à justiça e aos demais valores morais. Direito, justiça e moral, ou seja, Direito e ética estão ligados, fornecendo de maneira recíproca elementos para suas estruturas.

Na sociedade humanista integral, explicou Maritain (1962, p. 145), a lei visa constranger os insensatos a se comportarem de maneira como não o conseguem por sua própria vontade; bem como educar os homens para um dia não precisarem mais dela, ou seja, para se tornarem sábios, funcionando a lei como pedagoga da liberdade. Logo, a finalidade da lei, nesta sociedade, está relacionada com o fortalecimento da autonomia da pessoa humana, que deverá agir moralmente, ou seja, conforme a lei, sem que esta seja necessária. Em relação ao uso da força, expôs Maritain (1962, p. 199) que ela somente deve ser utilizada pelo cristão como última opção, nunca devendo ser utilizada como meio de persuasão ou de facilidade.

Destarte, o pensador não defendeu que o uso da força não deveria ocorrer, mas que deveria ser reservado aos casos de extrema necessidade. A punição criminal é o maior exemplo de uso da força por parte do Estado. O ideal de preservação da pessoa humana atribui ao Estado parte da culpa daquele que comete um crime, se esta não teve o amparo da sociedade que necessitava para o seu desenvolvimento.

Na nova sociedade humanista, segundo Maritain (1962, p. 136), o centro de formação e de organização está na vida da pessoa. Aliás, "o valor da pessoa humana enquanto 'valor-fonte' da ordem de vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos

fundamentais do homem" (LAFER, 2009, p. 20). A pessoa deve ser considerada o ponto fundamental da sociedade, não se aceitando qualquer restrição aos seus direitos, a não ser que seja indispensável para o bem comum das demais pessoas. Justamente, a característica principal da sociedade humanista integral é a da maximização do valor da pessoa humana.

Maritain (1967, p. 20) ressaltou que o fim da sociedade é o seu bem comum, mas esse bem comum é o das pessoas humanas, que compõem a sociedade. Assim, Maritain (1967, p. 21-22) apontou as características essenciais do bem comum: redistribuição, pela qual o bem comum deve ser redistribuído às pessoas e colaborar para o desenvolvimento delas; respeito à autoridade na sociedade, pois a autoridade é necessária para conduzir a comunidade de pessoas humanas para o bem comum; moralidade, que constitui a retidão de vida, sendo a justiça e a retidão moral elementos essenciais do bem comum.

Logo, o filósofo não via utopia na busca de uma sociedade melhor, onde as pessoas possam conviver de maneira harmônica e sustentável. Por isso, despontou como um dos maiores defensores da lei natural, buscando nela os fundamentos para os Direitos do Homem.

No pensamento de Maritain (1967, p. 58-59), o direito natural é herança do pensamento cristão e pressupõe que existe uma natureza humana que é a mesma em todos os homens; e que o homem é um ser dotado de inteligência e, como tal, age compreendendo o que faz e pode determinar os fins pretendidos. Assim, para Maritain (1967, p. 59), a lei não escrita ou o direito natural constitui "[...] uma ordem ou uma disposição que a razão humana pode descobrir, e segundo a qual a vontade humana deve agir a fim de se por de acordo com os fins necessários do ser humano". Destacou Maritain (1967, p. 63) que "a lei natural que nos prescreve nossos deveres mais fundamentais, e em virtude da qual toda lei obriga, é a mesma que nos prescreve nossos direitos fundamentais".

Com suas ideias, o pensador forneceu fundamentos para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, instrumento que surgiu para dar um novo fôlego ao modo como o Direito deveria ser aplicado, fugindo do formalismo e priorizando a dignidade humana.

Para Nader (2001, p. 172), "a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que encarna os postulados da lei mais alta e orienta o Direito das nações mais cultas, não obstante as restrições que sofre, é prova incontestável da efetividade do direito natural".

Em *A Lei Natural e os Direitos do Homem* podem ser destacados os principais direitos que compõem o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O pensador enumerou na obra os direitos da pessoa humana como tal, os direitos da pessoa cívica e os direitos da pessoa social.

Entendeu Maritain (1967, p. 70-72) que os direitos humanos da pessoa como tal se fundamentam no fato de que a pessoa humana é superior ao Estado, que não pode impor a ela determinados deveres e nem retirar dela alguns direitos, por ser contrário à lei natural. São direitos da pessoa humana como tal, segundo Maritain (1967, p. 73-74):

em suma, os direitos fundamentais, tais como: o direito à existência e à vida; o direito à liberdade pessoal ou direito de conduzir sua vida como senhor de si mesmo e de seus atos, responsável por estes perante Deus e as leis da cidade; o direito à procura da perfeição da vida humana, moral e racional; o direito à procura do bem eterno (sem a qual não há verdadeira procura da felicidade); o direito à integridade corporal; o direito à propriedade privada dos bens materiais, que é uma salvaguarda das liberdades da pessoa; o direito de contrair matrimônio segundo sua vontade e escolha, e de fundar uma família, ela mesma garantida das liberdades que lhe são próprias; os direitos de associação, o respeito da dignidade humana em cada indivíduo, represente ele ou não um valor econômico para a sociedade – todos esses direitos são radicados na vocação da pessoa, agente espiritual e livre, às ordens dos valores absolutos e com um destino superior ao tempo.

Além disso, Maritain (1967, p. 96-98) apontou os direitos da pessoa cívica, relacionados ao homem como ser político, por exemplo, o direito de participar da vida política; bem como os direitos da pessoa social, atinentes ao homem em seu espaço de trabalho, por exemplo, o direito de escolher seu trabalho e de receber um justo salário.

Todos estes direitos se encontram consubstanciados na Declaração de 1948 e em diversos tratados internacionais e Constituições que a sucederam, o que de fato comprova que uma teoria jurídica baseada em elementos axiológicos tem muito a contribuir para a humanidade, tornando a aplicação do Direito mais justa. Assim, ainda que tenha as suas restrições, não é possível negar inteiramente a doutrina do direito natural.

Como visto, o filósofo em estudo defende o humanismo na sociedade e no Direito. Nesta linha, explica Maritain (1962, p. 23-24) que existem duas espécies de humanismo, um teocêntrico, que vê Deus como centro do homem, e um antropocêntrico, que vê o homem como centro de si mesmo, devendo a segunda espécie ser encarada como a tragédia do humanismo. Logo, não é possível conceber um humanismo sem a crença no divino, de modo que ao se falar em Humanismo Integral não deve ser este considerado como um humanismo antropocêntrico, apesar do papel do homem em sua construção e aplicação.

Por sua vez, Maritain (1962, p. 56-57) analisou duas posições cristãs, a bartiana e a tomista, sendo que a segunda, por ser integralista e progressiva, possuía ideias que deveriam ser resgatadas. Nota-se que o pensador acreditou que nas ideias de Santo Tomás de Aquino estão as diretrizes do agir no Humanismo Integral, filosofia que pressupõe o fortalecimento dos ideais do cristianismo. Por isso, Maritain é considerado um neotomista.

Acreditando no poder da pessoa cristã para mudar o mundo, Maritain (1962, p. 94) defendeu a necessidade da tomada de consciência social. Expôs Maritain (1962, p. 96):

não podeis transformar o regime social do mundo moderno senão provocando ao mesmo tempo, e primeiramente em vós mesmos, uma renovação da vida espiritual e da vida moral penetrando até os fundamentos espirituais e morais da vida humana, renovando as idéias [sic] morais que presidem à vida do grupo social como tal e acordando nas profundezas deste um novo impulso.

Segundo Maritain (1962, p. 97-99), é preciso um novo estilo de santidade, menos sacral e mais profano e entre a vida moral e a vida de santidade, de modo que o profano não se opõe ao sagrado, cabendo ao homem agir praticando as vontades divinas.

Neste ponto se verifica: quando o pensador estabeleceu o que seria a filosofia do Humanismo Integral, cujas diretrizes e pressupostos acabaram de ser acima esboçadas, considerou quais os componentes de uma sociedade movida por tal filosofia, que seria a sociedade justa; bem como as principais características que a pessoa deve possuir para impulsionar este modelo social, de onde se extrai o conceito de agir moral estabelecido pelo pensador, que se dá segundo determinados princípios e valores.

Assim, destacou Maritain (1962, p. 110) que "não variam os princípios, nem as supremas regras práticas da vida humana: mas se aplicam segundo maneiras essencialmente diversas, que só correspondem a um mesmo conceito segundo uma similitude de proporções". A solução para controvérsias, para Maritain (1962, p. 110), está na filosofia da analogia, que considera que os princípios supremos não se aplicam sempre da mesma forma, ou seja, que o modo de aplicação destes através dos tempos é variável. Então, o conceito de ética do pensador apresenta forte contato com o do cristianismo medieval, embora com interpretação diversa, ou seja, analógica e não unívoca.

Maritain (1962, p. 169-172) elogiou a posição maquiavelista que reagiu contra uma falsa concepção da ética, contra o supermoralismo, que consiste no uso de fórmulas abstratas determinantes da ação, sem considerar que estas possam variar conforme as circunstâncias.

Neste sentido, aduziu Maritain (1962, p. 172):

em realidade, não são os princípios da Moral nem teoremas nem ídolos, porém regras supremas de uma atividade concreta que visa uma obra a realizar em tais e tais circunstâncias, mediante regras mais próximas e mediante, em definitivo, as regras, jamais traçadas de antemão, da virtude de prudência, que aplicam os preceitos éticos aos casos particulares no clima de uma vontade concretamente reta. Não querem eles devorar a vida humana, existem ao contrário para edificá-la.

Assim, o conceito de agir moral estabelecido pelo pensador é muito flexível e deverá ser ditado conforme circunstâncias concretas. Não serviria esse conceito para travar a ação humana, mas para permitir que ela melhor se desenvolva, conforme se mostre necessária e adequada a aplicação de um ou outro preceito básico determinante do agir ético, como a virtude ou a prudência, a ser efetuada conforme a interpretação de cada caso concreto.

No entanto, o filósofo dá algumas diretrizes quanto ao que se espera do homem. Neste sentido, para a moral, disse Maritain (1962, p. 174), é exigido que se impeça o homem de fazer o mal e, caso não seja possível, que se desfaça o mal causado por este homem ou, ao menos, que se reconheça o mal cometido e a responsabilidade de todos por ele.

Assim, um dos preceitos do agir moral está no impedimento de que o mal se produza e na busca de sua reparação, quando não evitado. A Moral, explicou Maritain (1962, p. 175), leva os homens a produzir o bem e o justo na história. Por sua vez, preconizou Maritain (1962, p. 210): "[...] a primeira maneira de servir ao bem comum temporal é ficar fiel aos valores da verdade, da justiça e do amor, que são o seu principal elemento".

Em suma, o homem ético é fiel aos valores da verdade, da justiça e do amor, e segue a doutrina cristã para determinar seus atos. Tais elementos determinam o agir moral e levam à produção do bem na sociedade humanista integral.

A filosofia estudada no presente tópico demonstra que "os horrores da legalidade totalitária, e em menor escala os da legalidade autoritária, que incitaram a reflexão deontológica, dando margem a um renascimento do direito natural" (LAFER, 2009, p. 78). Com efeito, um retorno ao conteúdo moral do Direito, que se mostrou necessário, somente é possível com um olhar atento ao elemento do justo e ao conceito de lei natural. Trata-se de passo muito relevante para a humanidade, que gerou reflexos nos ordenamentos jurídicos de todos os Estados que possam ser considerados democráticos.

1.6 Neoconstitucionalismo e os rumos da questão ética no Direito

Até este ponto, o trabalho procurou abordar como eram visualizados os elementos da Moral e do Direito na evolução do pensamento filosófico. Em que pesem os variados momentos históricos, muitos são os elementos em comum, tanto no que tange ao justo como em relação ao agir ético esperado do homem.

Com o fracasso do positivismo e o resgate do elemento axiológico do Direito pelo humanismo, diversos documentos internacionais e nacionais sobrevieram, num processo de regionalização e incorporação dos direitos humanos declarados expressamente. O documento

precursor deste processo foi a Declaração de 1948, que deu base a pactos internacionais diversos e às Constituições de diversos países. Embora tenha se pretendido um retorno ao conceito de lei natural, o que surgiu foi um novo movimento, chamado Pós-positivismo.

Desde o pós-guerra, a proposta era a de um renascimento do direito constitucional, o qual seria estabelecido sem deixar de lado os valores tradicionalmente consagrados, inerentes ao ser humano e à sua vida digna. Contudo, mesmo esta positivação de direitos naturais em âmbito internacional e nacional, a princípio, gerou uma inadequada percepção de que os valores ali consagrados não possuiriam conteúdo normativo, mas seriam meras diretrizes de ação. Embora tal ideário também seja relevante, foi só nos últimos anos que, ao menos no Brasil, os princípios fundamentais passaram a ocupar uma posição de destaque no processo de aplicação do Direito, consolidando a nova hermenêutica constitucional.

Com efeito, pretende-se discutir estes dois momentos do Neoconstitucionalismo, notadamente no que tange ao processo de normatização dos princípios e, a partir daí, tratar de dois conceitos inerentes a este movimento em relação aos direitos humanos fundamentais, quais sejam, o arcabouço moral e a eficácia irradiante.

1.6.1 Positivação dos direitos naturais: princípios como mero conteúdo diretivo

Desde o primeiro momento do Pós-positivismo, ficou clara a intenção de resgate do conceito de direito natural, o qual, no entanto, não poderia ocorrer nos mesmos moldes do passado. Em outras palavras, o processo de positivação de direitos não foi de um todo prejudicial, pelo contrário, contribuiu para um aumento da segurança jurídica. O grande problema consistiu no fato de o positivismo ter atingido tal patamar que ignorou os valores consagrados pelas premissas da Ética, deixando o justo de ser um elemento necessário para a validade dos direitos.

Efetuada um retorno ao processo de positivação, nota-se que quando os direitos naturais ora consagrados desde o início da história foram positivados, num movimento de laicização e sistematização do Direito característico do mundo moderno, formou-se uma ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico (LAFER, 2009, p. 38-39). Barroso (2009, p. 166) destaca que neste importante momento do século XVIII, posterior ao advento do Estado liberal, que surgiu o constitucionalismo moderno, representando um triunfo em relação às classes dominantes.

Vale lembrar que, apesar de direito natural não ser um termo unívoco, possui notas identificadoras que permitem uma contínua vinculação entre Direito e Moral, como a imutabilidade, por ser composto de princípios que transcendem a história; universalidade, sendo válido para todos os homens de forma difusa; acesso pela razão, intuição ou revelação; visão da função primordial do Direito não como comando e sim como qualificador das condutas enquanto justas e injustas (LAFER, 2009, p. 36). Este mínimo ético inerente ao Direito, até então estabelecido pelos ditames da Moral, deixou de existir com a positivação, fazendo do reconhecimento dos direitos naturais uma derrota disfarçada de vitória.

Ora, transposta e positivada pelos códigos e pela constituições a visão jusnaturalista de um Direito racional e sistemático, foi perdendo significado a idéia [sic] de outro Direito que não o Direito do Código e da Constituição. Por isso, o fundamento do Direito deixou de ser buscado nos ditames da razão e passou a afirmar-se como a vontade do legislador, independentemente de qualquer juízo sobre a conformidade desta vontade com a razão. Nesse sentido, o processo de laicização e sistematização do Direito terminou por confluir com o fenômeno da crescente positivação do Direito pelo Estado, que é outro processo característico da experiência jurídica no mundo moderno. (LAFER, 2009, p. 39).

Em suma, a crença num direito natural, ou seja, na existência de valores humanos que não decorrem da vontade estatal, foi um triunfo da burguesia e das revoluções liberais no século XVI, mas foi ao longo do século XIX que o jusnaturalismo chegou ao seu apogeu, sendo consolidado em textos constitucionais escritos. Paradoxalmente, este foi o momento em que ele perdeu totalmente sua força para o positivismo filosófico. (BARROSO, 2009, p. 350).

Ora, doutrina praticamente unânime afirma que mesmo acima do poder constituinte originário se encontra o direito natural (BARROSO, 2009, p. 166). Lafer (2009, p. 124) afirma que o papel a ser desempenhado pelo reconhecimento expresso dos direitos naturais naquele momento era o de estabilização, o que não foi possível devido às mudanças nas condições históricas, que implicaram na relativização das notas que supostamente seriam imutáveis e invariáveis. Consideradas as premissas até então estudadas no presente, parece que o problema foi no tratamento inadequado do novo sistema normativo, para o qual os direitos naturais do homem somente seriam considerados como tais se estivessem positivados na Constituição, colocando o Estado na posição de responsável por determinar o que é ou não inerente à dignidade da pessoa humana. Aliás, bem se sabe que a nota de imutabilidade dos direitos naturais foi mal interpretada, considerando naturais apenas direitos que não pudessem ser alterados ou limitados por outros que viessem a surgir; na verdade, imutáveis são os direitos que, a partir do seu reconhecimento, se tornam essenciais à esfera de dignidade da pessoa humana, adequando-se aos demais direitos a ela pertencentes. No positivismo jurídico-

filosófico, adotou-se o primeiro conceito de imutabilidade para ilidir a validade dos direitos naturais, o que permitiu considerar que não seriam garantidos os direitos não positivados na ordem constitucional, gerando fundamento para todo o sistema totalitário.

Como visto, a Declaração de 1948 deu o primeiro passo para a derrubada de tal sistema, iniciando o Neoconstitucionalismo. Com efeito, na fase Positivista, os princípios entravam nos Códigos apenas como válvulas de segurança, eram meras pautas programáticas supralegais, não possuindo normatividade; ao passo que na fase Pós-positivista, as Constituições destacam a hegemonia axiológica dos princípios, transformando-os em pedestal normativo que dá base a todo edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais (BONAVIDES, 2011, p. 262-264). Entretanto, esta proposta a respeito da normatividade dos princípios, inicialmente, não foi implementada de forma efetiva, sendo que por muito tempo na aplicação do Direito permaneceu o ideário de que os princípios eram simples diretrizes, não sendo dotados de autonomia. Quanto à juridicidade dos princípios, Bonavides (2011, p. 259-261) assevera:

a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a Positivista e a Pós-positivista. A primeira - a mais antiga e tradicional - é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça. [...] Cedeu lugar, em seguida, a um positivismo tão forte, tão dominante, tão imperial, que ainda no século XX os cultores solitários esparsos da doutrina do direito natural nas universidades e no meio forense pareciam se envergonhar do arcaísmo de professarem uma variante da velha metafísica jurídica. [...] A ressurreição do jusnaturalismo produziu no século XX, sobretudo na Alemanha, reflexões curiosas, que talvez expliquem a tenacidade com que muitos juristas de aferram a essa doutrina do "eterno retorno".

Quando se inicia uma nova fase no processo de positivação e aplicação do Direito, é natural que diversos fatos se encadeiem até possibilitarem uma nova compreensão pela comunidade jurídica, implicando em efetivas mudanças no modo de pensar sobre a lei. Nesta linha, antes que a nota de juridicidade ganhasse destaque na esfera judicial, foi preciso uma nova incorporação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Este movimento se deu tanto com a ratificação de tratados internacionais quanto com a re-edição dos textos constitucionais internos. No Brasil, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que pela primeira vez colocou os direitos fundamentais como ponto de abertura do texto, evidenciando uma posição de destaque a eles conferida a partir de então.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 se iniciou um processo de internacionalização dos direitos humanos (BOBBIO, 2004, p. 52). Tal processo se

consolidou com a previsão de tratados internacionais variados, destacando-se dois deles: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, tratando das liberdades civis e políticas, datado de 19 de dezembro de 1966 (ONU, 2012b); e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, abrangendo o fornecimento de condições materiais para o efetivo exercício da dignidade, datado de 16 de dezembro de 1966 (ONU, 2012c).

Contudo, estes passaram por uma regionalização, sendo objeto de previsões no âmbito dos continentes e dos países individualmente considerados. Assim, os direitos humanos declarados foram objeto de previsões com abrangência regional (PIOVESAN, 2008, p. 237). No âmbito das Américas, o documento com tal caráter foi a Convenção Americana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969, com um propósito de consolidação regional dos tratados mencionados (OEA, 2012).

Como os Estados assumiram perante os demais Estados o dever de preservação a determinados direitos, logicamente os incorporou, tanto pelo processo de ratificação quanto pela positivação expressa em lei ou na Constituição Federal, ao ordenamento jurídico interno. Por isso, afirma-se que os direitos fundamentais caracterizam a positivação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Tendo em vista que tais princípios previstos constitucionalmente adquiriram força normativa, viabilizou-se que a aplicação do Direito se dê exclusivamente com base nestes, ponto essencial que compõe a nova hermenêutica constitucional, que será discutida no tópico a seguir.

1.6.2 Nova hermenêutica constitucional e a normatização dos princípios

Num segundo momento, o Neoconstitucionalismo se prestou à efetivação das influências transpassadas aos tratados internacionais e textos constitucionais dos países do globo, o que foi possível pela consolidação de uma nova hermenêutica constitucional, a qual tem como paradigmas a normatização dos princípios, a maior reaproximação prática entre Moral e Direito e a eficácia irradiante dos direitos fundamentais.

Lafer (2009, p. 79) entende que o jusnaturalismo, por si só, não é suficiente enquanto instrumento para a salvaguarda da pessoa humana enquanto valor-fonte, pois no decorrer da história já se verificou tal insuficiência nos momentos de ruptura. Por sua vez, Lafer (2009, p. 59) destaca que o Direito na fase Pós-positivista deve ser encarado como um sistema aberto, cabendo à filosofia do direito estudar esta necessária metamorfose de funções do Direito positivo e dos problemas práticos decorrentes do novo paradigma.

Com efeito, desde a metade do século XX, o discurso do Positivismo não mais se adequa às exigências jurídicas; no entanto, o pós-positivismo não promoveu um simples retorno ao jusnaturalismo, mas uma inclusão no ordenamento jurídico das ideias de justiça e legitimidade, bem como dos princípios como o da dignidade humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça (BARROSO, 2009, p. 325-326). No Brasil, desde o ano de 2001, 13 anos depois da Constituição Federal de 1988, parece estar se formando um novo direito constitucional (BARROSO, 2009, p. 304).

Não se pode olvidar que os princípios sempre desempenharam um importante papel social, mas foi somente na atual dogmática jurídica que eles adquiriram normatividade. Hoje em dia, os princípios servem para condensar valores, dar unidade ao sistema e condicionar a atividade do intérprete. Os princípios são normas jurídicas, não meros conteúdos axiológicos, aceitando aplicação autônoma. (BARROSO, 2009, p. 327). Explica Machado (2012, p. 67), destacando o papel da Constituição neste contexto:

A partir do momento em que a sociedade adota o critério da legalidade para a estruturação do poder, pode parecer, a princípio, que basta a inscrição de determinada competência no seio do instrumento legal - Constituição - para se ter legitimidade. [...] Portanto, a divisão de função do poder soberano do povo se realizará por meio da Constituição, e os princípios que estruturam as instituições decorrem da própria legalidade contida na lei fundamental. A função jurisdicional deverá estar limitada à vontade soberana do povo, por meio da Constituição, que nos dias atuais exerce força normativa pelas regras e pelos princípios, dos quais cabem revisões da compatibilidade vertical pelo Judiciário, quer no caso concreto, quer no abstrato.

Vale lembrar que a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas, fornecendo juízos concretos para o dever ser. A diferença essencial é que princípios são normas de otimização, ao passo que regras são normas que são sempre satisfeitas ou não. Se as regras se conflitam, uma será válida e outra não. Se princípios colidem, um deles deve ceder, embora não perca sua validade e nem exista fundamento em uma cláusula de exceção, ou seja, haverá razões suficientes para que em um juízo de sopesamento um princípio prevaleça. (ALEXY, 2011, p. 91-94). Neste sentido, as regras possuem mais relato objetivo, podem ser aplicadas mediante subsunção; ao passo que os princípios têm menor abstração, devido à maior carga valorativa, da qual decorre a possibilidade de colisões a serem resolvidas por ponderação. A Constituição Federal é um sistema aberto de princípios e regras, no qual as ideias de justiça e realização de direitos fundamentais desempenham um papel central. (BARROSO, 2009, p. 328).

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do Pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da

especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios (BONAVIDES, 2011, p. 294).

A transição da ordem privatística para a publicística se percebe em traços do atual Neoconstitucionalismo como o da possibilidade de extensão na aplicabilidade das normas constitucionais aos particulares, de maneira direta. Isso não seria possível sem a normatização dos princípios, de modo que todo e qualquer direito assegurado na Constituição poderá ser desde logo aplicado. Barroso (2009, p. 165) destaca que "a normatividade dos princípios e suas potencialidades na interpretação constitucional tem sido, paralelamente à ascensão histórica dos direitos fundamentais, a marca do Direito nas últimas décadas". Com efeito, se evidencia a posição de destaque dos princípios na ordem normativa dos países democráticos.

Percebe-se que o Pós-positivismo consolida uma nova hermenêutica constitucional, conferindo maior liberdade ao intérprete, que passa a ter o dever de considerar na aplicação do Direito que a Constituição e seus princípios ocupam o centro do sistema jurídico. Sob a égide da nova hermenêutica, o constitucionalismo de renovação da segunda metade do século XX já permite: reconstrução científica do direito constitucional; inauguração do direito público como um novo contraponto interpretativo; elaboração de duas teorias hermenêuticas, a teoria da Constituição - mais ampla - e a teoria de interpretação dos direitos fundamentais - mais restrita; a introdução do princípio da proporcionalidade enquanto mecanismo interpretativo constitucional; o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios gerais do Direito; e a expansão normativa do direito constitucional aos demais ramos jurídicos (BONAVIDES, 2011, p. 598-599).

Vale lembrar que a hermenêutica não serve como instrumento para diversas interpretações, cabendo ao intérprete se manter imparcial, neutro, na tarefa de mediação de conflitos. Corroborada na jusfilosofia, a hermenêutica jurídica implica no questionamento acerca da utilidade, localização, normatividade, utilização e aplicação dos princípios, de modo a fechar e uniformizar a interpretação do Direito. (SANTOS; EHRLICH, 2012, p. 06).

O objetivo fundamental do Neoconstitucionalismo é a concretização das prestações materiais prometidas, sendo uma importante ferramenta para a realização da democracia, com um olhar atento sobre os valores principiológicos oriundos da Constituição, evidenciando desta maneira a concretização dos direitos fundamentais. [...] O Pós-positivismo deve ser visto como um constitucionalismo transformador, em que o Judiciário tenha papel fundamental. (CAMARGO; DOMINGOS, 2012, p. 77).

Claro, uma ampliação da ciência hermenêutica, ao mesmo tempo que proporciona uma aproximação do elemento ético ao Direito, gera uma maior insegurança jurídica, por isso, deve ser evitado o que Lafer (2009, p. 58) chama de decisionismo irracionalista, cabendo à filosofia do direito construir a lógica material necessária para tanto. Aliás, Barroso (2009, p. 198) assevera que interpretar a Constituição não significa desrespeitar a primazia do legislador, não sendo aceitas interpretações contrárias ao texto da lei, afinal, não cabe ao Judiciário desempenhar função legislativa positiva. Discorre Lafer (2009, p. 283):

no paradigma da filosofia do direito, a busca do significado por meio de uma hermenêutica construtiva, que na aplicação das normas leve em conta os fins do Direito, pressupõe que estes correspondam a algum critério de justiça que legitime a ação do juiz, pois o hiato entre a verdade e o significado é preenchido pelo reconhecimento da importância do valor na experiência jurídica. [...] Em outras palavras, na interação entre Fato e Valor flexibiliza-se diante de um problema concreto a norma, buscando-se no entanto manter a coerência do sistema do Direito (o ordenamento) através de um esforço permanente de conciliar a razão com a justiça.

Assim, é preciso compreender que a nova hermenêutica constitucional não visa ilidir o papel do legislador no estabelecimento das normas positivadas, mas permitir ao intérprete que dê a solução mais justa ao caso concreto, compreendendo a legislação infraconstitucional em contraponto ao ideário da Constituição, ainda que se mostre necessária a desconsideração de uma regra por um princípio constitucional, o que é possível devido à posição central ocupada por estes no ordenamento jurídico. Com efeito, Barroso (2009, p. 317) considera não haver incompatibilidade nem exclusão entre a atividade interpretativa do Judiciário e a função legiferante do Legislativo.

Como dito anteriormente, a principal diferença entre as regras e os princípios consiste no fato de que regras contraditórias se excluem, ao passo que princípios colidentes devem se amoldar. Assim, a colisão entre princípios se sujeita a um juízo de ponderação.

Pela ponderação de valores ou ponderação de interesses se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos, com base na razoabilidade e na preservação dos núcleos mínimos do valor que seja cedido. A ponderação, como mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bens jurídicos contrapostos, conquistou

amplamente a doutrina e já repercute nas decisões dos tribunais. Mas vale lembrar que a adoção de uma teoria de princípios não significa o abandono de regras, do direito positivo. Por isso, é possível imaginar situações em que uma regra dê aplicabilidade a um princípio, outra na qual uma regra excepcionará a aplicação de um princípio, ou então uma na qual o princípio paralisará a eficácia de uma regra. (BARROSO, 2009, p. 330-331).

Esta nova perspectiva do Direito permitiu não só a melhor compreensão dos princípios materiais garantidos, mas também o desenvolvimento de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional, como a razoabilidade e a proporcionalidade, transformando o Direito em um sistema aberto de valores e a Constituição no diploma jurídico que visa realizá-los (BARROSO, 2009, p. 331-332).

Com a consolidação do ideário Pós-positivista é possível perceber, pela primeira vez na história, uma real aproximação entre Moral e Direito, se estendendo do plano teórico ao prático. Afinal, sendo possível a ponderação entre direitos fundamentais, originários do arcabouço teórico do jusnaturalismo, a mentalidade do Judiciário volta-se ao parâmetro da racionalidade. Se tal aplicação se desse somente ao Estado, já seria relevante, mas nesta nova hermenêutica constitucional também é aceita a extensão da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais aos particulares, numa eficácia irradiante. Com efeito, o Pós-positivismo se transforma, aos poucos, numa nova e definitiva visão do Direito pela sociedade.

1.6.2.1 Arcabouço ético dos direitos fundamentais

O Neoconstitucionalismo promoveu uma reaproximação entre Ética e Direito, reincorporando o elemento axiológico do justo como requisito de validade da ordem jurídica e tratando os princípios fundamentais, que consolidam tal aspecto valorativo da legislação, como verdadeiras normas, não meras diretrizes de atuação. Assim, uma ordem jurídico-constitucional que desrespeite os ditames da justiça universal, conceito decorrente das premissas da lei natural, não pode ser considerada válida. Com efeito, embora todas as normas possuam algum conteúdo axiológico, ainda que de forma reflexa, são nos princípios constitucionais, notadamente os elencados como direitos e garantias fundamentais, que se encontra a maior aceitação das interpretações que aproximem a lei do valor da justiça.

A separação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A

valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. (BARROSO, 2009, p. 351-352).

Direito se aproxima da Ética pelo elemento do justo, que tem intensos pontos de conexão com a Moral, como visto desde o início do capítulo. O justo, por sua vez, é evidenciado em princípios estruturadores da ordem democrática, que se encontram na Constituição Federal, de forma expressa ou tácita.

Nesta linha, Montoro (2005, p. 125) aduz: "importa fundamentalmente ao Direito que, nas relações sociais, uma ordem seja observada: que seja assegurada a cada um aquilo que lhe é devido, isto é, que a justiça seja realizada. Podemos dizer que o objeto formal do Direito é a justiça". Segundo Reale (2002, p. 37), o Direito é uma experiência humana que se situa no plano da Ética. Em suma, "[...] o Direito consiste na conduta social, pois as normas jurídicas visam a alcançar o comportamento das pessoas, impondo-lhes determinados padrões de convivência. Ao induzir a conduta o direito positivo realiza valor e o valor que tenta realizar é o da justiça" (NADER, 2001, p. 42). Determinadas normas possuirão um conteúdo que reflita de forma mais intensa este elemento do justo, notadamente aquelas que possuam menor densidade normativa, explicitando os valores-base da ordem democrática, geralmente disciplinadas na Constituição.

Afinal, os princípios constitucionais são a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica, tomando por tais aqueles que exteriorizam as ideologias da Constituição (BARROSO, 2009, p. 155-157). Entretanto, não pode se pretender que tais princípios contem com apenas uma interpretação aceitável, ou que se delimite a maior importância de um ou outro. Aliás, isso também acontece com relação aos valores morais: todos são nobres demais para poder se dizer que algum seja absoluto, por isso, eles se complementam, formando um conjunto de valores estruturadores da Moral.

As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam no sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido. (BARROSO, 2009, p. 348).

A aceitação da possibilidade de interpretações diversas, contudo, não ilide o forte arcabouço moral que se encontra presente nos princípios fundamentais. Basta um olhar à

origem de tais princípios, qual seja a defesa de direitos inerentes ao homem a qualquer tempo e lugar, para perceber que garanti-los é aceitar que a razão humana tem o poder de delimitar um esfera mínima de respeito à Ética pelo Estado e pela sociedade, e preservá-los significa salvaguardar a própria dignidade da pessoa humana - o mínimo que seria necessário para o desenvolvimento adequado do ser humano numa sociedade que possa ser vista como justa.

De fato, é coerente a afirmação de Barroso (2009, p. 158) no sentido de que bens sociais supremos podem existir fora e acima do texto constitucional expreso, considerada a nota da relativização e a constante mutação social. Nada disso impede atestar a forte carga ética de alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988:

Notadamente, o artigo 5º, já em seus primeiros incisos, evidencia valores éticos como igualdade, autonomia, dignidade, liberdade, reciprocidade e preservação pessoal:

- I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
- II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
- [...]
- X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] (BRASIL, 2012a).

Acima de tudo, entretanto, tais valores éticos encontram a base constitucional no chamado princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (artigo 1º, III) (BRASIL, 2012a). Com efeito, todos os seres humanos são dignos e devem ser tratados de forma igual, possuindo os mesmos direitos e deveres. Neste contexto, aquele que ingresse na esfera de direitos de outrem, por abuso, será responsabilizado, o que evidencia a máxima kantiana de que a ação de cada um deve corresponder à lei moral, que é universal e conhecida pela razão de todos os homens. Por isso, quando é feita uma ponderação a respeito de princípios fundamentais, a interpretação do Judiciário deve se aproximar da melhor interpretação feita pela razão humana na dimensão da Ética.¹³

Não existem, por sua vez, direitos fundamentais absolutos: garanti-los de forma plena a uma pessoa significaria colocar outra, tão digna quanto a primeira, numa posição de submissão vedada pelo ordenamento. Barroso (2009, p. 356-357) explica que os princípios, por possuírem maior carga valorativa, são dotados de fundamento ético, indicando assim o

¹³ Este ideário é fundamental no presente trabalho, posto que pretende questionar se há um paralelismo entre as atitudes dos internautas numa autodisciplina e aquilo que tem sido decidido pelo Poder Judiciário a respeito das colisões de princípios na rede mundial de computadores, adotando técnicas de hermenêutica constitucional.

melhor direcionamento a ser seguido sob um ou outro enfoque, assim, a colisão entre princípios não só deve ser aceita como é um fator natural de um sistema dialético de direitos. Nestas situações se encontram os chamados pontos de tensão normativa, que se espalham pela Constituição e constituem proposições que consagram valores contrapostos a serem harmonizados pelo intérprete (BARROSO, 2009, p. 204).

A doutrina mais tradicional divulga como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas a chamada *ponderação de bens ou valores*. Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de dada norma, sempre tendo como referência máxima as decisões fundamentais do constituinte. A doutrina tem rejeitado, todavia, a predeterminação rígida da ascendência de determinados valores e bens jurídicos, como a que resultaria, por exemplo, da absolutização da proposição *in dubio pro liberate*. Se é certo, por exemplo, que a liberdade deve, de regra, prevalecer sobre meras conveniências do Estado, poderá ela ter de ceder, em determinadas circunstâncias, diante da necessidade de segurança e de proteção da coletividade. (BARROSO, 2009, p. 206-207).

Assim, evidencia-se o forte arcabouço moral contido nos direitos fundamentais, notadamente quando se fala na ponderação entre eles. Em outras palavras, o raciocínio que uma pessoa faz a respeito de suas próprias atitudes na sociedade, sobre o seu agir moral, tem muito a ver com o raciocínio feito pelo intérprete na aplicação do Direito sob o viés da nova hermenêutica constitucional. Esta aproximação implica numa maior compatibilidade entre Moral e Direito, representando boa parte do chamado mínimo ético do âmbito jurídico, que pode ser percebido pelo valor justiça.

1.6.2.2 Eficácia irradiante dos direitos fundamentais

A simples aproximação entre Moral e Direito pelos princípios fundamentais, aos quais é reconhecida força normativa, já seria de grande importância para uma alteração no modo de aplicação do Direito. Por outro lado, a princípio, somente o Estado era tido como responsável pelo respeito a estes princípios fundamentais, contexto que mudou ante à conferência de caráter normativo aos princípios e à percepção de que para a realização do justo na sociedade seria preciso exigir que seus próprios membros respeitassem as limitações inerentes aos direitos fundamentais. Daí surge a chamada teoria da eficácia irradiante ou horizontal dos direitos fundamentais, estendendo aos particulares o dever de respeito a estes.

No cerne da questão, se encontra um problema do direito contemporâneo, que é o da publicização do direito privado e da privatização do direito público, gerando uma identidade entre a esfera do público e a do privado (LAFER, 2009, p. 238). Em outras palavras, aduz

Lafer (2009, p. 259), "a distinção entre o Direito Público e o Privado deixa de ser clara se a utilidade dos indivíduos está claramente vinculada ao interesse da República em atender à sobrevivência comum". O dever de preservar o bem comum, com o passar dos tempos, deixou de ser considerado apenas um dever estatal, sendo também papel do cidadão. Como o centro do que é considerado o bem comum da sociedade se encontra prescrito na Constituição Federal, nada mais correto do que exigir dos particulares o respeito às suas prescrições.

Logo, um dos debates que tem como equacionamento a ponderação de valores é o da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, "envolvendo a aplicação das normas constitucionais às relações privadas, onde se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais" (BARROSO, 2009, p. 362).

Isto é, devido ao processo de constitucionalização do Direito, ocorre uma crescente irradiação dos efeitos das normas ou valores constitucionais aos outros ramos do Direito, vinculando os particulares ao dever de obediência aos direitos fundamentais (SILVA, 2008, p. 18). Neste sentido, a tese levantada por Silva (2008, p. 27-28) é de que a constitucionalização do Direito no tocante à extensão dos direitos fundamentais às relações privadas não ameaçará a autonomia do direito privado, mas exigirá um modelo mais flexível de aplicação de Direito. Em outras palavras, entende Silva (2008, p. 52) que:

uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo conhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si.

Em suma, na nova hermenêutica constitucional, a Constituição está de fato - não teoricamente - no centro do sistema jurídico. De uma supremacia meramente formal, agregou-se uma valia material e axiológica à Constituição. Passou a ser um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito, num processo chamado por alguns de filtragem constitucional, do qual decorreu uma constitucionalização do direito infraconstitucional. (BARROSO, 2009, p. 340-341). Mais do que isso, suas normas passaram a ser vistas com autonomia inclusive sob o aspecto da aplicação aos conflitos entre particulares.

Diante disso, resta claro que havendo uma colisão entre princípios fundamentais, naturalmente não regulamentada expressamente no sistema jurídico, caberá ao intérprete efetuar a ponderação, que envolve a delimitação do valor do justo, ainda que no caso concreto se sujeitem apenas particulares.

CAPÍTULO 2 - A INTERNET E AS DIRETRIZES ÉTICAS PARA OS PRINCIPAIS CONFLITOS NO CIBERESPAÇO

"A ficção é o olhar de mentes privilegiadas sobre as possibilidades humanas e históricas, sendo que toda obra literária é a análise sobre uma possibilidade que poderia se concretizar ou pode já ter acontecido" - Frank Raymond Leavis.

A Ética é composta por valores reais e presentes na sociedade, que se exteriorizam ora como diretrizes morais, ora como componentes do justo no Direito. Ao longo dos tempos, seu conceito passou por uma evolução, embora seja inegável alguma base comum que interligue os pensamentos filosóficos a seu respeito. De início, a Ética era vista somente como uma virtude do ser humano, sendo que o próprio valor justiça era mais ligado a um sentido subjetivo do que ao Direito propriamente dito. Com o Renascimento, veio a bifurcação deste conceito e, embora uma reaproximação entre Moral e Direito tenha impedido que permanecesse a relativização moral como característica do Direito, desde então estes passaram a ser vistos como elementos separados, porém não estanques. Atualmente, a nova hermenêutica constitucional autoriza a aplicação das diretrizes morais exteriorizadas em princípios do ordenamento constitucional como efetivas normas jurídicas, inclusive permitindo a incidência entre particulares. Neste contexto, Moral e Direito se encontram reaproximados não apenas na teoria, mas também na prática.

Com efeito, não existe uma esfera do ordenamento jurídico-social em que as normas éticas não vigorem, ou ao menos não devam vigorar. Isto também vale para o ambiente da rede mundial de computadores, o qual, como se verá no decorrer do presente trabalho, propicia um espaço para o exercício da autonomia e para a consolidação da postura ética como nunca antes visto. A *Internet* é uma estrutura que permite o exercício maximizado de direitos humanos fundamentais, exteriorizado em comportamentos éticos por parte de seus usuários, tornando as relações que nela se estabelecem mais confiáveis e produtivas.

Em que pesem as violações aos princípios éticos consolidados na sociedade e no ambiente virtual como um todo, estas não ilidem de invalidade as premissas que contrariam, ou seja, violar uma norma ética não significa retirar o caráter adequado de uma ação humana que não a viole. Com efeito, quando se fala em diretrizes éticas para os principais conflitos no ciberespaço, se questiona a respeito do que é a ética na *Internet*, enfim, de qual o conteúdo esperado das atitudes do internauta, da sociedade e do Estado no tratamento das situações que se estabelecem no uso da rede.

No capítulo anterior, foi possível compreender a evolução do conceito de Ética sob dois aspectos marcantes, o primeiro referente ao conteúdo teórico base (o que é ética?) e o segundo relacionado ao modo como a Ética tem se manifestado ao longo da história (como são exercitados os postulados éticos?). No presente capítulo, pretende-se estudar a *Internet*, também sob dois pontos de vista: em princípio, suas origens, sua evolução e suas características que merecem destaque, o que permitirá interligar os dois objetos do capítulo anterior às questões do conteúdo do agir ético na rede e do modo de regulamentação deste agir; posteriormente, aprofunda-se na questão específica do que é a ação ética esperada na *Internet*, notadamente com foco nos principais conflitos de princípios nela estabelecidos.

Em suma, duas questões éticas aparecem intimamente ligadas à formatação da rede mundial de computadores, desde suas origens e características até os principais conflitos que nela se estabelecem, quais sejam: a) a perda de humanização como elemento apto a modificar os aspectos democráticos e libertários da rede; b) a possibilidade de ilidir o exercício de direitos humanos fundamentais, notadamente o da liberdade de expressão e o da privacidade, com a implementação de uma sociedade de vigilância virtual. Para manter estes argumentos sempre em destaque, no decorrer deste capítulo e dos que o seguem, serão suscitados trechos de duas obras literárias¹⁴ marcantes sobre a questão da técnica. A primeira, que abrange de forma notável o primeiro aspecto, é *Admirável Mundo Novo*, de Aldous Huxley¹⁵; a segunda, que permite um olhar diferenciado do segundo aspecto, é *1984*, de George Orwell¹⁶.

A partir deste ponto, inicia-se um estudo específico da *Internet*, sem perder de vista os estudos do capítulo anterior, até por ser o presente um trabalho voltado para a filosofia do direito constitucional no ambiente do ciberespaço. Assim, busca-se lançar direcionamentos para a compreensão da autodisciplina moral na rede e de seus reflexos jurídicos.

¹⁴ A relação entre Direito e Literatura aparece como uma forma diferenciada de abordagem da ciência do Direito. O tratamento literário do Direito em obras fictícias que envolvem litígios jurídicos é usual, mas a recíproca não é verdadeira. Nos anos 1970 se iniciou nos Estados Unidos o movimento *Law and Literature*, o qual ainda não é forte na cultura jurídica brasileira. Contudo, o Direito precisa de um novo modelo de compreensão, destacando-se que a relação entre Direito e Literatura permite aproximar o leitor de uma situação prática hipotética. Com efeito, se possibilita a retomada do lado humano do Direito ao reaproximá-lo dos demais sistemas sociais, entre os quais se enquadra o da arte. (SCHWARTZ, 2004, p. 126-131).

¹⁵ A obra foi escrita em 1931, ano em que descobertas científicas, inclusive biológicas, despontavam pelo mundo em meio à Revolução Industrial, de forma que ainda não era possível falar em direitos humanos inerentes ao homem sob o aspecto da igualdade material. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que o mundo evoluía em aspectos tecnológicos, passava por um crescente processo de desumanização.

¹⁶ A obra foi escrita em 1948 (nota-se a inversão numérica feita nos últimos dois dígitos entre o ano em que foi redigida e o ano a respeito do qual versa). Assim, contextualiza-se no pós-guerra, sendo publicada enquanto se compreendiam as consequências das premissas levantadas como argumento para a realização das guerras mundiais, notadamente a 2ª - talvez por isso que muitas passagens possuem argumentos conexos com os defendidos nos regimes fascistas.

2.1 Pressupostos históricos da *Internet*: a sociedade e as mídias

A *Internet* não teria surgido se não fosse o objetivo humano existente desde os primórdios da humanidade: o de comunicação. As mídias, em geral, nasceram com esta finalidade principal, propiciando a interação entre todos aqueles que vivem em sociedade. Mesmo a escrita e a fala, que parecem tão usuais na atualidade, um dia foram inventadas, assim como todas as tecnologias que foram incorporadas à vida social, alterando-a de tal forma que muitas vezes nem se lembra do passado em que elas não existiram.

No *Admirável Mundo Novo*, de Huxley, as pessoas não lembram como era uma sociedade com família e com amor, na qual o sexo não era mero instrumento de diversão e uma pessoa poderia ser mais especial que a outra. Na verdade, chega a ser motivo de piadas a lembrança da sociedade do passado. A população se formava em gigantescas salas de fecundação: os seres humanos do futuro eram programados; gametas e óvulos eram juntados exclusivamente por um processo artificial; uma vez fecundados eram submetidos ao processo Bocanovsky, no qual germinavam e originavam até 96 embriões idênticos. Tal processo tornava os seres humanos desnecessários individualmente, isto é, facilmente substituíveis. De forma jocosa, o responsável pela produção remete ao número incansável de horas extras que teria feito após um terremoto japonês que teria matado milhares de pessoas, sem causar qualquer tipo de choque nos ouvintes. (HUXLEY, 1998, p. 7-14). Consolidada a nova sociedade, a mudança de pensamento surgiu como natural: ninguém fazia ideia do que era viver no seio de uma família, num lar; sucedâneos e xaropes eram desenvolvidos para manterem o condicionamento e a felicidade das pessoas, que não se opunham; as pessoas eram incitadas à promiscuidade desde cedo e viam isto como algo natural; em suma, todos eram poupados de ter emoções verdadeiras, não artificiais (HUXLEY, 1998, p. 37-44).

Em *1984*, de Orwell, já não se sabia como era a sociedade antes que o Partido tomasse o Poder e a Grande Guerra começasse. A personagem protagonista, Winston Smith, tenta em vão nos becos do submundo conhecer alguém que lhe dissesse como era o mundo no passado, somente obtendo relatos vagos e desconexos, concluindo:

...você se dá conta de que o passado, a partir de ontem, foi abolido? Se sobrevive em algum lugar, é em um ou outro objeto sólido, sem palavras associadas, como aquele pedaço de vidro que está ali. A esta altura não sabemos absolutamente nada sobre a Revolução e os anos que a antecederam. Todos os registros foram destruídos ou falsificados, todos os livros foram reescritos, todos os quadros foram repintados, todas as estátuas, todas as ruas, todos os edifícios foram renomeados, todas as datas foram alteradas. E o processo continua dia a dia, minuto a minuto. (ORWELL, 2009, p. 185).

Esquecer o passado é uma tendência natural do ser humano. Mesmo os mais chocantes acontecimentos históricos precisam ser constantemente ressuscitados para que as lições tomadas se propaguem. Mas não é preciso ir tão longe: a perda de memória quanto ao passado também ocorre na evolução tecnológica. A atual geração nunca imaginará o que é viver desconectado, sem *Internet*, televisão, celular e tantas outras tecnologias que se consolidaram no cotidiano social.

Inicialmente, a linguagem oral era o único modo de comunicação utilizado pelos homens, por meio de gritos, expressões corporais, gestos e palavras. Após, o homem criou a representação gráfica, por meio de hieróglifos, imagens, música, símbolos e escritos. Com Gutenberg, inventor da impressão gráfica, fixou-se de maneira definitiva a forma escrita, que passou a ser divulgada em escala industrial. (GANDELMAN, 2007, p. 24-26). Assim, a verdadeira evolução se deu com o surgimento da escrita, pelo qual o saber passou a ser transmitido pelo livro; sendo que, posteriormente, com a invenção da impressão, o saber passou a ser transmitido pela biblioteca (LÉVY, 2003, p. 163-164).

A sociedade passou por inúmeras transformações ao longo dos séculos e que estas propiciaram o desenvolvimento da tecnologia e das mídias, bem como o surgimento, como consequência, de novos conflitos entre os beneficiados pela evolução.

Por mídias, deve-se entender o conjunto de suportes ou veículos das mensagens, assim, podem ser destacados como exemplos de mídias: o impresso, o rádio, a televisão, o cinema ou a *Internet* (LÉVY, 2003, p. 61). A evolução das mídias modifica de forma substancial os modos de relacionamentos na sociedade. Aliás, este é um dos principais pontos que diferenciam a *Internet* das demais mídias criadas, por propiciar um efetivo modo de que todos os membros da sociedade se comuniquem e recebam informações.

Segundo Lévy (2003, p. 63), este aspecto se refere ao dispositivo comunicacional da rede, que designa a relação entre os participantes da comunicação. São três as categorias de dispositivos comunicacionais: um-todos, como a imprensa, o rádio e a televisão; um-um, como o correio e o telefone; e todos-todos, que só existe no ciberespaço (LÉVY, 2003, p. 63).

Por relação todos-todos deve-se entender: somente no ciberespaço há um ambiente onde qualquer pessoa pode manifestar suas opiniões e, ao mesmo tempo, ter acesso à mais vasta gama de informações. Em outras palavras, não ocorre apenas uma relação passiva com a divulgação de informações, porque aquele que é destinatário da informação também é autor.

Nesta linha, Mucheroni (2007) destaca que nos livros fica evidente a existência de hierarquia entre o autor e o leitor, já que a discussão de opiniões fica impedida, em se tratando de uma relação um-todos hierárquica; o que não ocorre no ciberespaço, relação todos-todos

não hierárquica; e nem no rádio ou na televisão, relação um-todos não hierárquica, porque nestas mídias há uma relação de cultura, principalmente por serem fontes do desenvolvimento da cultura de massa. Logo, a *Internet* é a única espécie de mídia que propicia a relação todos-todos de forma não hierárquica.

Talvez por isso a *Internet* tenha sido assimilada tão mais rapidamente que as demais mídias. Estatisticamente, enquanto o rádio e a TV levaram, respectivamente, 38 e 13 anos para atingir 50 milhões de usuários; a *Internet* atingiu este número em 4 anos, e o *Facebook*, uma das redes sociais mais populares da *Web*, chegou ao dobro desta marca em apenas 9 meses (HIRD, 2009).

Lévy (2003, p. 113-114) compara o efeito da emergência do ciberespaço com o da invenção da escrita. Desta comparação surgiu uma crítica comum desde que a *Internet* ganhou forças e ampliou sua abrangência: a de que esta veio para substituir o livro. Lévy (2003, p. 211-212) critica as teorias de substituição pelas quais o ciberespaço é visto como um meio de extinção das mídias clássicas, mais, como um modo de diminuição das relações de contato direto e dos deslocamentos físicos, destacando que com a escrita a linguagem oral não desapareceu, pelo contrário, teve seu uso sistematizado e padronizado.

Desta forma, é equivocado defender que a *Internet* veio para substituir o livro na sociedade, dado seu papel de destaque até hoje na educação e segurança, proporcionado pela sua capacidade de trazer informações claras e esquematizadas para o leitor. No máximo, pode-se afirmar que a rede mundial de computadores, quando utilizada em excesso, torna-se a única fonte de conhecimento buscada, notadamente pelos mais jovens; e, como a sua estrutura leva a uma leitura fragmentada de informações, pode gerar um prejuízo à formação do conhecimento uniforme e consolidado pelo internauta. Aliás, este é mais um argumento de reforço no sentido de que admitir o uso da *Internet* não deve significar excluir as demais mídias da vida social, notadamente o livro: o ideal é trabalhar com equilíbrio, interligando as técnicas disponibilizadas para o aprendizado.

O que se pretende afirmar é: as mídias evoluem, mas não se excluem. Atualmente, a mídia em destaque é a *Internet*, ou melhor, o ciberespaço, que deve ser entendido como "o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores" (LÉVY, 2003, p. 92). Da mesma forma, a Ética talvez não tenha passado por uma mudança tão radical quanto afirmam alguns: muitos dos valores hoje consolidados são frutos de pensamentos milenares, e devem permanecer válidos enquanto se pretender o convívio numa sociedade justa e fraterna.

Finalizando este tópico, nota-se que quanto a uma parte da *Internet*, considerada a complexa técnica que a envolve como um todo geralmente só bem compreendida por especialistas, qual seja a *Web* surgiu de um natural processo de evolução de mídias, sendo incorporada pela sociedade como elas, embora numa velocidade muito maior. Atualmente, as mídias passam por um constante processo de interligação com a rede mundial de computadores, por exemplo: o livro, pelos *e-books* e leitores de arquivos; a TV, pela onda das TVs digitais e fóruns com o expectador; o rádio, com os canais que podem ser criados e ouvidos pela *Web*; o cinema, com a divulgação pela rede e a necessidade de adaptação ao mundo dos *downloads*. Com efeito, vale apurar as origens da criação da *Internet*, esta mídia que gerou uma interação midiática nunca vista e alterou de forma tão relevante a vida social.

2.2 Conceito, funcionamento, origens e assimilação social da *Internet*

A rede alterou substancialmente os modos de convivência e relacionamento em sociedade, consistindo num conjunto de redes interconectadas e difusas que podem ser acessadas pela maioria das pessoas, praticamente relativizando os conceitos de espaço e tempo. Trata-se de uma mídia de comunicação, que, pela primeira vez na história, autorizou que o usuário assumisse, ao mesmo tempo, uma postura ativa e uma passiva. Analisado o fenômeno *Web* enquanto mídia de comunicação, pretende-se compreendê-lo em espécie, considerando seu conceito, funcionamento, origens e assimilação social.

Etimologicamente, "[...] *Internet* vem de *Internetworking* (ligação entre redes). Embora seja geralmente pensada como sendo uma rede, a *Internet* na verdade é o conjunto de todas as redes e *gateways* que usam protocolos TCP/IP" (COSTA, 2003, p. 255). Em outras palavras, "[...] é o conjunto de meios físicos (linhas digitais de alta capacidade, computadores, roteadores etc.) e programas (protocolo TCP/IP) usados para o transporte da informação" (COSTA, 2003, p. 255).

Logo, a *Internet* é formada por milhões de computadores interligados, de forma que, a partir do momento em que uma informação sai de um computador, jamais poderá ser retomada, passando a compor o todo difuso desta rede (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 12). Os dados informáticos passam a ser objeto de compartilhamento numa imensa rede global, o que torna muito mais difícil o controle a respeito da propagação destes.

Inicialmente, a *Internet* era diretamente relacionada a um tradicional computador de mesa - PC, também se fazendo presente nos chamados servidores - ora responsáveis pelo armazenamento e transmissão de informações - e nas estações de trabalho com sistema Unix.

De alguns anos para cá, surgiram novos sistemas finais que não compunham tradicionalmente suportes para a *Internet*, mas que estão cada vez mais conectados, como a agenda digital - PDA, a TV, o computador portátil, o telefone celular, o automóvel, o equipamento de sensoriamento ambiental, a tela de fotos, o sistema doméstico elétrico e de segurança e a câmera *Web*. Cada um destes equipamentos pode ser denominado hospedeiro ou sistema final, e todos acessam a rede por meio de Provedores de Serviços de *Internet*, que gerenciam a sua rede ISP de forma independente. Os sistemas finais executam os protocolos que controlam o envio e o recebimento de informações, sendo o protocolo TCP responsável pela transmissão e o protocolo IP registrador da conexão. (KUROSE; ROSS, 2005, p. 03-04).

A *Internet* possui uma arquitetura mais complexa do que aparenta, envolvendo inúmeras etapas que podem ser denominadas camadas. Cada um dos diversos protocolos pertencem a uma camada, podendo ser implementados num *hardware*, num *software* ou em ambos. No modelo TCP/IP, estabelecem-se 5 camadas, quais sejam: aplicação, transporte, rede, enlace e física.¹⁷ (KUROSE; ROSS, 2005, p. 34-36).

Com efeito, a *Internet* surgiu como fruto de um processo de virtualização do computador, deixando o computador de ser simplesmente uma máquina, cedendo lugar a um espaço de comunicação navegável e transparente baseado em fluxos de informação devido aos programas contemporâneos de *software* e *hardware* da informática (LÉVY, 2005, p. 46).

Talvez o primeiro vestígio da era da informatização seja a demonstração de que seria possível executar instruções lógicas e o armazenar informações numa máquina, feita pelo matemático britânico Alan Turing, por volta de 1930. Na década de 1940, foi criada nos Estados Unidos a primeira máquina que pode ser considerada relativamente próxima ao computador como é visto hoje, a *Electrical Numerical Integrator and Calculator*, que se assemelhava a uma calculadora gigante, com trinta toneladas, ocupando uma sala inteira, cuja principal função era realizar complexos cálculos militares (PAESANI, 2006, p. 21).

Por sua vez, estabelecida alguma estrutura computacional, que não era acessível ao público, buscou-se criar um modo de interligar em rede os computadores militares, diante de um receio de que os demais meios de comunicação falhassem num ataque militar.

¹⁷ No que tange à compreensão dos conflitos de princípios fundamentais no ciberespaço, as camadas relevantes são a de rede, responsável pelos registros de conexão, e a de aplicação, que armazena os registros de aplicação. Na dinâmica da rede, o que geralmente se vê são os registros de aplicação, que se referem às variadas atividades por ela proporcionadas, como correio eletrônico, *Web*, mensagem instantânea, compartilhamento via P2P, transferência de arquivos, jogos em rede, vídeos armazenados, telefonia pela rede e videoconferência em tempo real (KUROSE; ROSS, 2005, p. 58). Já a tarefa da camada de rede é entregar pacotes IP onde eles são necessários, permitindo saber a data e horário de conexão à *Internet* (TANENBAUN, 1997, p. 40), o que é muito relevante se considerado o sistema rotativo de IPs no modelo IPv4 (KUROSE; ROSS, 2005, p. 260-266).

Pontuada como rede precursora da *Internet*, a *Arpanet* nasceu numa agência militar de pesquisas ligada ao Departamento de Defesa dos Estados Unidos, a *Advanced Research Projects Agency* (ARPA), criada em 1958, com o fim de propiciar novos recursos para a Guerra Fria. No ano de 1962, referida agência contratou Joseph Licklider, ora pesquisador do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), que estudava a interação entre computadores e usuários (OLIVEIRA, 2011, p. 23). Uma década após esta contratação, a *Arpanet* foi apresentada publicamente pela primeira vez por Robert Kahn, mesmo ano em que teria sido escrito o primeiro programa de *e-mail* (KUROSE; ROSS, 2005, p. 40-41).

A autoria intelectual do correio eletrônico é creditada a Ray Tomlinson, engenheiro da empresa *Bolt Beranek & Newman* que foi contratada pelo governo dos Estados Unidos para desenvolver a *Arpanet*, mas não há consenso doutrinário quanto à data do envio do primeiro *e-mail*, o seu conteúdo, tampouco quanto à autoria intelectual da mensagem eletrônica (FURLANETO NETO, 2008, p. 10- 11).

A *Arpanet* inicial era uma rede fechada, de forma que para se comunicar com uma máquina a ela conectada era preciso estar ligado a outro IMP da rede. Do início a meados de 1970, surgiram novas redes de comutação de pacotes, como *ALOHAnet*, *Telenet*, *Cyclades*, *Tymnet* e *SNA*. Neste período, inúmeros estudos sobre as redes de conexão estavam em curso. Enquanto que, ao final da década de 1970, cerca de 200 máquinas estavam ligadas à *Arpanet*; em meados da década de 1980, por volta de 100.000 máquinas estavam ligadas à rede pública, muito próxima da atual *Internet* (KUROSE; ROSS, 2005, p. 41-43). Neste processo de crescimento da década de 1980, destaca-se a *NSFNET*, criada em 1986:

a década de 1990 estreou com vários eventos que simbolizaram a evolução contínua e a comercialização iminente da *Internet*. A *Arpanet*, a progenitora da *Internet*, deixou de existir. Durante a década de 1980, a *MILNET* e a *Defense Data network* (Rede de Dados de Defesa) cresceram e passaram a carregar a maior parte do tráfego do Departamento de Defesa dos Estados Unidos e a *NSFNET* começou a servir como uma rede de *backbone* conectando redes regionais nos Estados Unidos com nacionais no exterior. Em 1991, a *NSFNET* extinguiu a restrição que impunha a sua utilização com finalidades comerciais, mas, em 1995, perderia seu mandato quando o tráfego de *backbone* da *Internet* passou a ser carregado por provedores de serviços de *Internet*. O principal evento da década de 1990, no entanto, foi o surgimento da *World Wide Web*, que levou a *Internet* para os lares e empresas de milhões de pessoas no mundo inteiro. (KUROSE; ROSS, 2005, p. 43-44).

A *World Wide Web* (WWW) é uma função da rede mundial de computadores que reúne, em um único e imenso hipertexto ou hiperdocumento (compreendendo imagens e sons), todos os documentos e hipertextos que a alimentam (LÉVY, 2003, p. 27). Logo, torna o

acesso aos recursos da *Internet* mais fácil e dinâmico, popularizando o uso doméstico. Tanto é verdade que ela foi a maior responsável pela incorporação da informatização no cotidiano social que, para Tanenbaum (1997, p. 776), a *Web* é o que todos consideram ser *A Internet*.

No ano de 1999 ficou claro que não existia nenhuma autoridade clara e indiscutível sobre a *Internet*, que dava sinais de suas características liberais, tanto no aspecto tecnológico quanto no cultural (CASTELLS, 2006, p. 83-84).

Abelson, Ledeen e Lewis (2008, p. 12), resumindo o processo de surgimento e crescimento da rede mundial de computadores, apontam:

a *Internet* existe antes de surgirem os computadores pessoais. Ela precede a comunicação de fibra ótica por cabos que agora a mantém interligada. Quando começou por volta de 1970, a *Arpanet*, como era chamada, era designada para conectar um pequeno número de computadores militares e universitários. Ninguém imaginava uma rede conectando 10 milhões de computadores e compartilhando informações pelo mundo num piscar de olhos. Junto com o poder de processamento e a capacidade de armazenamento, a rede tem experimentado o seu próprio crescimento exponencial, referente ao número de computadores interconectados e à taxa pela qual os dados podem ser enviados a longa distância [...]. (tradução nossa).¹⁸

Inicialmente, surgiram os computadores militares; em seguida, as redes privadas de conexão; por fim, a rede pública e os computadores de mesa, que evoluíram até a criação do ambiente *Web* e a multiplicação dos sistemas finais possíveis. Tanta evolução se deu em apenas algumas décadas, aliás, a estruturação da rede nos moldes atuais se deu há alguns anos. Ainda assim, a nova realidade foi incorporada pela sociedade, modificando os modos de relacionamentos jurídico-sociais.

A respeito, Peck (2002, p. 17) destaca um movimento de convergência, no qual a *Web* foi tomando espaço cada vez maior na sociedade. Assim, explica Castells (2006, p. 89), a lógica do funcionamento das redes, representada pela *Internet*, passou a ser aplicada a todos os tipos de atividades, contextos e locais.

Neste sentido, a ilusão de que o virtual não é real já se dissipou, considerados os reflexos da incorporação tecnológica em sociedade, estabelecendo novas modalidades de conflitos. O virtual não existe de fato, não acontece, mas é por conta dele que o atual se produz, e este sim existe de fato: segundo Lévy (2005, p. 16-18), a atualização "[...] é criação,

¹⁸ No original: "The Internet existed before there were personal computers. It predates the fiber optic communication cables that now hold it together. When it started around 1970, the ARPANET, as it was called, was designed to connect a handful of university and military computers. No one imagined a network connecting tens of millions of computers and shipping information around the world in the blink of an eye. Along with processing power and storage capacity, networking has experienced its own exponential growth, in number of computers interconnected and the rate at which data can be shipped over long distances [...]"

invenção de uma forma a partir de uma configuração dinâmica de forças e de finalidades", enquanto que a virtualização "[...] consiste em uma passagem do atual ao virtual, em uma *elevação à potência* da entidade considerada", mais, "[...] é um dos principais vetores de criação da realidade", eis que produz efeitos irreversíveis no atual e, conseqüentemente, no real. Desta forma, a realidade é fruto dos processos de virtualização e atualização, logo, o virtual é uma das principais fontes de produção do real.

A partir do momento no qual começou a ocorrer a interação humana no ambiente virtual, este passou a compor uma faceta da realidade, ou seja, a gerar a virtualidade real, de modo que as imagens e os textos que se reproduzem na virtualidade não formam a aparência da experiência, mas constituem a experiência de fato (CASTELLS, 2006, p. 459).

Em geral, nota-se que o *admirável mundo novo* da *Internet* ocupou um espaço muito maior que o inicialmente vislumbrado, com um crescente número de mecanismos aptos a disseminarem, a cada dia, um novo tipo de atividade social. A sociedade se acomodou com a variedade de recursos e buscas, possibilitadas pelas milhares de televisões e estações de rádio, bem como pelos milhões de *sites* na rede, mas também se ajusta de maneira desconfortável às novas possibilidades de vigilância estatal (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 04).

Como visto, as sociedade mudam, de tal forma que se esquece do passado. O problema é que esta mudança aconteça sem perspectivas éticas e humanistas, ou seja, no que tange à *Internet*, é preciso que ela não se transforme em obstáculo para a construção de uma sociedade melhor, pelo contrário, ela deve justamente contribuir neste processo. Nem toda melhoria técnica pode gerar uma melhoria social: Huxley e Orwell sabiam muito bem disso.

Uma das personagens de Huxley descreve muito bem o sentimento que assolou o mundo novo - uma total desumanização:

não é de se admirar que esses pobres pré-modernos fossem loucos, perversos e desgraçados. Seu mundo não lhes permitia aceitar as coisas naturalmente, não os deixava ser sãos de espírito, virtuosos, felizes. Com suas mães e seus amantes; com suas proibições, para as quais não estavam condicionados; com suas tentações e seus remorsos solitários; com todas as suas doenças e intermináveis dores que os isolavam; com suas incertezas e sua pobreza - eram forçados a sentir as coisas intensamente. E, sentindo-as intensamente (intensamente e, além disso, em solidão, no isolamento irremediavelmente individual), como poderiam ter estabilidade? (HUXLEY, 1998, p. 42).

A principal inovação técnica da sociedade imaginada por Orwell (2009, p. 13-29) para 1984 era a teletela, que possibilitava a constante vigilância do cidadão de forma que ele jamais pudesse pensar contra o Partido, sob pena se ser punido por crime-pensamento, de modo que era incentivado o duplificação como único modo de viver em sociedade. Não

havendo liberdade para pensar, não havia mais humanidade e a tecnologia se tornara outra vez algoz do homem, aprisionando-o enquanto ser autônomo:

saber e não saber, estar consciente de mostrar-se cem por cento confiável ao contar mentiras construídas laboriosamente, defender ao mesmo tempo duas opiniões que se anulam uma à outra, sabendo que são contraditórias e acreditando nas duas; recorrer à lógica para questionar a lógica, repudiar a moralidade dizendo-se um moralista, acreditar que a democracia era impossível e que o Partido era o guardião da democracia; esquecer tudo o que fosse preciso esquecer, depois reinstalar o esquecido na memória no momento em que ele se mostrasse necessário, depois esquecer tudo de novo sem o menor problema: e, acima de tudo, aplicar o mesmo processo ao processo em si. Esta a última sutileza: induzir conscientemente a inconsciência e depois, mais uma vez, tornar-se inconsciente do ato de hipnose realizado pouco antes. (ORWELL, 2009, p. 48).

O modo como a tecnologia é oferecida e utilizada, bem como as consequências da vasta disseminação da informação digital, são questões que não são problemas exclusivos dos especialistas no funcionamento da rede. Todos podem contribuir para elevar o nível de discurso e compreensão, todos podem ajudar a resolver questões técnicas com o foco nos postulados éticos fundamentais. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 13-14).

Com efeito, a assimilação social da *Internet*, que tem ocorrido de forma vertiginosa, não pode significar uma perda de humanidade pelo ganho da técnica. Aliás, a complexa estrutura de funcionamento da rede mundial de computadores somente é movimentada pelos agentes humanos que a utilizam, logo, eles escolhem a extensão e as consequências dos atos praticados - seja diretamente, num exercício de autorregramento; seja por seus representantes, nas atividades legislativa e judiciária, ora fiscalizadas pelos interessados.

2.3 Dinâmica da rede e sua influência na questão ética no ciberespaço

Como visto, há um natural processo de assimilação social quando surge uma nova tecnologia, a exemplo da *Internet*, no qual a sociedade passa a se relacionar de novas formas e a praticar atividades diversas. Toda evolução tecnológica deve vir para melhorar a vida das pessoas, permitindo novas funções que facilitem e ampliem as tradicionalmente estabelecidas, ou seja, possibilitando um exercício ampliado dos direitos naturalmente assegurados.

É possível que a evolução técnica seja recepcionada de uma forma deturpada pela sociedade, deixando de contribuir como se esperava, algo que ocorre quando uma nova tecnologia adquire perspectivas que se sobreponham aos legítimos interesses humanos. Para que isso seja evitado, é preciso se atentar para o aspecto ético das mudanças técnico-sociais de

modo que a técnica não se sobreponha ao homem, prevalecendo sempre a dimensão ética que se consolidou através da história.

Claro, não é qualquer técnica que está apta a provocar uma intensa modificação na estrutura social. Somente aquela notadamente peculiar, ou seja, dotada de características que em conjunto formam uma real possibilidade de mudanças na convivência social, está apta a alterar o desenrolar de funções e acontecimentos cotidianos, gerando uma transição de *eras*.

Em Huxley (1998, p. 37-39), a nova técnica que alterou substancialmente a sociedade provocou eventos como a exclusão da ideia de família e da reprodução humana, bem como a rejeição da maturidade intelectual e da sanidade mental sem intervenções médicas. Entre as técnicas que estruturaram esta nova sociedade: soma, condicionamento mental, criação dentro de grandes centros de convivência, divisão em castas (HUXLEY, 1998, p. 37-35). Já em Orwell (2009, p. 13-54), a nova técnica transformou a sociedade numa sociedade de vigilância, na qual as pessoas foram forçadas a se alienarem a respeito da atuação estatal com base na manipulação da informação e na utilização de técnicas cruéis que excluíam do grupo os que se rebelassem, sendo marcas: manipulação das informações, incentivo do duplipensar, intervenção estatal sem limites, inexistência do devido processo legal, vedação do pluralismo, vigilância constante mediante teletelas e microfones com atuação da Polícia das Ideias.

A *Internet* é uma tecnologia composta por um conjunto de características que a diferenciam de tudo o que surgiu até então na sociedade. Foi estudado que ela é uma mídia de comunicação, o que a aproxima das demais mídias, mas é dotada de tantas peculiaridades nas relações entre os agentes envolvidos que não pode ser comparada às mídias anteriores em termos de impacto social. De fato, o advento da rede mundial de computadores deu início a uma nova era, a era de informatização.

No entendimento de Castells (2006, p. 67), a sociedade passa por diversos períodos estáveis, pontuados por intervalos na história, e o novo paradigma tecnológico ao qual o homem foi submetido no século XX caracteriza um destes intervalos, no qual a cultura material foi transformada, passando a se organizar em torno da tecnologia da informação.

Comenta Lévy (2005, p. 116-117), quanto ao ciberespaço:

apesar dos numerosos aspectos negativos, e em particular o risco de deixar no acostamento da auto-estrada [sic] uma parte desqualificada da humanidade, o ciberespaço manifesta propriedades novas, que fazem dele um precioso instrumento de coordenação não hierárquica, de sinergização rápida das inteligências, de troca de conhecimentos, de navegação nos saberes e de auto-criação [sic] deliberada de coletivos inteligentes.

Assim, o ciberespaço é dotado de características que o diferenciam das tecnologias que o antecederam, colocando-o na posição de um dos principais fatores de mudanças sociais de todos os tempos. O objeto deste tópico é compreender quais são estas características e o porquê delas influenciarem tanto a nova dinâmica social, notadamente abordando os aspectos positivos e negativos sob o foco da dimensão ética esperada no processo de incorporação de cada uma destas particularidades.

Por sua vez, a exigência ética na sociedade da informação tem se intensificado cada vez mais, justamente devido às perspectivas que cercam a estruturação da rede, que se mal recepcionadas podem implicar em consequências como o aumento indevido de poder estatal, a impunidade, a massificação, o enfraquecimento dos laços sociais, entre outras.

Em suma, o conjunto de novas características implica em processos positivos e em outros negativos na rede. Não cabe mais discutir se a rede é boa ou má, porque ela existe e já faz parte da realidade social: no máximo, cabe discutir como é possível recepcioná-la da melhor forma possível, vislumbrando todas as características como aptas a construir uma sociedade mais justa e fraterna.

2.3.1 Fluxo de informações intenso e mutável

A *Internet* é um meio de comunicação que possui velocidade ímpar e permite a divulgação de informações variadas, o que faz com que seu conteúdo seja constantemente modificado. Logo, o fluxo de informações na rede mundial de computadores é constante, tanto que é muito difícil excluir definitivamente algum conteúdo que seja nela publicado, inclusive discutindo-se sobre a exclusão de postagens ofensivas em redes sociais face à morosidade do provedor de aplicações em atender o pedido da pessoa ofendida.

Estruturalmente, o fluxo de informações e a velocidade com que elas são acessadas e propagadas aumentou com o advento da banda larga, que permite o acesso à *Internet* de forma mais rápida do que a possível por meio de conexão discada. A respeito da banda larga, Paesani (2006, p. 26) afirma que ela foi o grande agito das comunicações e Peck (2002, p. 15) destaca o caráter de essencialidade que ela adquiriu para a transmissão de multimídia.

Explica Lévy (2003, p. 13) que as telecomunicações geram um dilúvio de informações porque possuem uma natureza exponencial, explosiva e caótica, de modo que cada vez mais aumentam os dados disponíveis, a densidade dos *links* e os contatos entre os indivíduos. Todas as informações divulgadas pela *Web* passam a compor um único e difuso hipertexto, que se caracteriza pela existência de informações interligadas e inseparáveis

dispersas em uma única grande rede (LÉVY, 2005, p. 48). Sobre o hipertexto, Lévy (2005, p. 39) considera seus aspectos positivos:

[...] pertinência em função do momento, dos leitores e dos lugares virtuais; brevidade, graças à possibilidade de apontar imediatamente as referências; eficiência, pois prestar serviço ao leitor (e em particular ajudá-lo a navegar) é o melhor meio de ser reconhecido sob o dilúvio informacional.

Sobre este caráter desarticulado e difuso do ciberespaço, Lévy (2003, p. 62) parte da distinção das mídias conforme seus dispositivos informacionais, ora responsáveis por qualificar a estrutura da mensagem ou o modo de relação dos elementos de informação: em uma classificação inicial, a mensagem pode ser linear, como ocorre com a música normal ou o cinema; ou em rede, como no caso de enciclopédias e dicionários, que possuem várias informações articuladas. No ciberespaço surgiram novas classificações de dispositivos informacionais, que são o mundo virtual e a informação em fluxo. O primeiro refere-se à disposição de informações em um espaço contínuo, sem estrutura reticulada; enquanto que a segunda envolve a existência de dados em estado contínuo de modificação que, embora sejam dispersos, estão interconectados e podem ser percorridos pelos que tem acesso à rede.

Em outras palavras, no chamado mundo virtual é impossível separar as informações de maneira sistematizada, pois elas estão dispersas e interligadas em uma única grande rede, que, por conta da informação em fluxo, é constantemente alterada.

Tal fluxo implica numa potencialidade de impacto do que é dito e feito no ciberespaço, de forma que se torna difícil retirar alguma informação do ar porque ela se multiplica e se estende a novos endereços eletrônicos. As proporções que as atitudes praticadas no uso da rede mundial de computadores devido ao fluxo de informações intenso e mutável geram aspectos negativos e positivos.

De forma negativa, por aumentar as consequências de um ato ilícito. Por exemplo, os reflexos de um crime contra a honra praticado na *Web* são muito maiores porque a ofensa pode ser lida por uma vasta gama de pessoas, bem diferente de uma ofensa feita num ambiente fechado com apenas algumas testemunhas.

Outro aspecto negativo consiste na dificuldade em obter um conhecimento linear e consistente se a informação for buscada somente na *Web*, deixando-se de lado os livros. Além disso, a veracidade das informações também é questionável, diante da ampla liberdade de divulgar qualquer conteúdo lícito - ainda que equivocado - numa página da rede. Neste sentido, Mucheroni (2007) afirma que se engana quem pensa que as formas anteriores de comunicação oral, escrita e visual ficaram obsoletas devido à *Internet*, até porque a rede é

uma mídia de massa. Sendo uma mídia de massa, as informações divulgadas por ela podem muitas vezes não ser verdadeiras¹⁹. Por isso, as mídias devem se complementar no sentido de construir o conhecimento pessoal de forma crítica e consistente, sempre se atentando para a veracidade das informações encontradas.

Por outro lado, de forma positiva, a *Internet* fornece a todas as pessoas um espaço livre para a manifestação do pensamento, podendo influenciar sozinhas no ideário social e até mesmo fazer desta atividade um modo de sobrevivência. Sem o fluxo de informações, as iniciativas destas pessoas não se propagariam pela rede, ficando impedido o processo de conquista de leitores e a aquisição paulatina de notoriedade.

Outro aspecto positivo do fluxo de informações intenso e mutável da rede se refere à dificuldade de controle de seu conteúdo, impedindo a manipulação de informações. Tanto em Huxley quanto em Orwell era possível manipular a informação. No *Admirável Mundo Novo*, todos os pensamentos do passado haviam sido aniquilados, seja da literatura, da filosofia ou da religião, de forma que a única verdade era a do mundo novo (HUXLEY, 1998, p. 36). Em 1984 o processo era ainda mais radical, situação relatada no cotidiano de trabalho de Winston, um funcionário do Ministério da Verdade, ora responsável pela manipulação de informações:

depois de efetuadas todas as correções a que determinada edição do *Times* precisava ser submetida e uma vez procedida a inclusão de todas as emendas, a edição era reimpressa, o original era destruído e a cópia corrigida era arquivada no lugar da outra. Esse processo de alteração contínua valia não apenas para jornais como também para livros, periódicos, panfletos, cartazes, folhetos, filmes, trilhas sonoras, desenhos animados, fotos - enfim, para todo tipo de literatura ou documentação que pudesse vir a ter algum significado político ou ideológico. Dia a dia e quase minuto a minuto o passado era atualizado. (ORWELL, 2009, p. 54).

Manipular a informação ou impedir o seu acesso é algo impossível na *Internet* devido ao intenso fluxo de informações, sendo assim um aspecto positivo desta característica. No aspecto ético, o fluxo de informações deve servir à melhoria da moralidade das pessoas, desenvolvendo o respeito mútuo e a ação virtuosa, na esfera moral; e à divulgação de boas iniciativas e informações lícitas, permitindo o exercício da liberdade de expressão e da liberdade de comunicação sem violar outros direitos fundamentais, na esfera do Direito.

¹⁹ No Brasil, o site e-farsas se dedica a investigar a veracidade de informações que adquiram potencial de impacto no fluxo de informações da *Web*, como imagens e vídeos com grande acesso. Segundo o site, são indicadores da falsidade de um texto a ausência de data, contradição e confusão nos dados, ausência de fontes ou criação de fontes inexistentes, abordagem de assunto que interesse a muitos leitores, tom alarmista e conspiratório. (E-FARSAS, 2012). Kapoun (2012) apresenta um *check-list* para se verificar a autenticidade e integridade de uma página informacional.

Preservada a dimensão ética no contexto do fluxo de informações intenso e mutável da rede, pune-se o excesso e garante-se a dignidade individual.

2.3.2 Relativização dos conceitos de espaço e tempo: desterritorialização

Outro traço marcante do ciberespaço, o qual decorre de certa forma da característica da informação em fluxo porque devido a ela falta na rede o caráter articulado de dados num espaço determinado, é o da desterritorialização, que consiste numa relativização dos conceitos de espaço e tempo tal como geralmente percebidos na sociedade.

Neste sentido, Lévy (2005, p. 21) utiliza a expressão *desterritorialização* para designar a característica referente à relativização do binômio espaço-tempo no ciberespaço:

quando uma pessoa, uma coletividade, um ato, uma informação se virtualizam, eles se tornam "não-presentes", se desterritorializam. Uma espécie de desengate os separa do espaço físico ou geográfico ordinários e da temporalidade do relógio e do calendário. [...] Recortam o espaço-tempo clássico apenas aqui e ali, escapando a seus lugares comuns realistas: ubiqüidade [sic], simultaneidade, distribuição irradiada ou massivamente paralela. [...] A sincronização substitui a unidade de lugar, e a interconexão, a unidade de tempo.

Verifica-se que, para o teórico, os conceitos de espaço e tempo estão interligados e constituem o mesmo elemento, que funciona de maneira diversa no ciberespaço. A *Internet* é um todo difuso que se espalha pelo mundo, de modo que algo pode estar acontecendo simultaneamente no Brasil e no Japão, sem ser possível determinar a localidade específica do cruzamento de dados, bem como o horário deste.

A implicância mais evidente do problema da desterritorialização se encontra no fato de que as legislações nacionais somente podem ser aplicadas dentro das fronteiras dos Estados, de modo que a regulamentação interna pode ser facilmente contornável, sendo possível a utilização dos chamados *paraísos de dados* (LÉVY, 2003, p. 204).

A problemática vai além dos conflitos da legislação no espaço e no tempo: a rede mundial de computadores se estende por todo o mundo sem as fronteiras que delimitam a soberania dos Estados, levando a cultura e a história de uma localidade para a outra na velocidade dos *bits*, que não aceita medidas temporais.

O novo sistema de comunicação transforma radicalmente o espaço e o tempo, as dimensões fundamentais da vida humana. Localidades ficam despojadas de seu sentido cultural, histórico e geográfico e reintegram-se em redes funcionais ou em colagens de imagens, ocasionando um espaço de fluxos que substitui o espaço de lugares. O tempo é apagado no novo sistema de comunicação já que passado, presente e futuro podem ser programados para interagir entre si na mesma mensagem. O espaço de fluxos e o tempo

intemporal são as bases principais de uma nova cultura, que transcende e inclui a diversidade dos sistemas de representação historicamente transmitidos: a cultura da virtualidade real, onde o faz-de-conta vai se tornando realidade. (CASTELLS, 2006, p. 462).

O que o sociólogo coloca como a *cultura da virtualidade real* consubstancia-se na assimilação dos recursos da *Internet* por todos aqueles que a utilizam ao redor do mundo. Sob o aspecto da publicação e compartilhamento de informações, destacam-se as redes sociais, que costumam ser alocadas num único país mas aos poucos acabam tomando conta de todo o globo conforme se popularizam. O *Facebook*, em 2009, possuía mais de 250 milhões de usuários ativos espalhados pelo mundo (HIRD, 2009). Nele, uma das febres são os Memes²⁰, populares em todo o mundo, geralmente com personagens desenhados de forma rústica relatando de forma engraçada situações cotidianas ou com frases de efeito que podem adquirir dimensão nacional ou internacional. *V.g.*, os mesmos Memes do *site* norte-americano *9Gag* (2012) se encontram no *site* brasileiro Mundo dos Memes (2012), relatando situações cotidianas. Por sua vez, sob o aspecto do acesso à informação fica evidente a maior visibilidade dos problemas e das realidades mundiais, isto é, o recebimento do conhecimento deixa de ser localizado e manipulável por um veículo restrito de mídia, passando a ser possível acessar informações globais sujeitas a interpretações variáveis, o que dificulta a manipulação do conteúdo e consolida a verdadeira liberdade de informação. Um caso interessante de um conteúdo localizado que passou a ser acessado mundialmente é o da música coreana *Gangnam Style*, do rapper Psy, vídeo que recebeu maior número de acessos no *Youtube* em todos os tempos - na data da consulta, o número de visualizações era de 1226199643 (YOUTUBE, 2013). Percebe-se o surgimento de uma nova cultura global, na qual os códigos e costumes da rede se consolidam de forma difusa, não numa determinada região ou localidade - nem ao menos num país específico.

Peck (2002, p. 33) entende que o mundo virtual constrói um novo território, que dificilmente é demarcável, no qual a riqueza passa a ser baseada na quantidade de informação. Se a informação não significasse poder e riqueza, alguns dos principais magnatas apontados pela Lista da Revista Forbes não estariam envolvidos na era da informatização²¹. Assim, devido à desterritorialização da rede mundial de computadores se constroem impérios globais

²⁰ Meme é um termo criado em 1976 por Richard Dawkins, na obra *O Gene Egoísta*, referindo-se analogamente ao gene da genética para a memória, ou seja, é uma unidade de informação que se multiplica de cérebro em cérebro ou entre locais onde a informação é divulgada - no caso, a *Internet*. No geral, ele é uma forma de evolução cultural apta a propagar-se pelo mundo. Podem ser ideias, imagens, frases, sons, valores, etc. (DAWKINS, 1979, p. 121-128).

²¹ Constam na lista: em segundo lugar, Bill Gates, da *Microsoft*; em trigésimo lugar, Jeff Bezos, da *Amazon*; em trigésimo quinto lugar, Mark Zuckerberg, do *Facebook*; em quadragésimo quarto lugar, Michael Dell, da *Dell* Computadores; em centésimo lugar, Lawrence Powel Jobs e família, da *Apple* (FORBES, 2012).

sem ao menos se precisar sair de casa: basta uma boa ideia que implique na atração de um grande número de adeptos interessados em fornecer e divulgar informações pessoais.

O lado positivo desta relativização dos conceitos de espaço e tempo gerando uma cultura global é a maior interação entre a população mundial, já o lado negativo é a possível desvalorização da cultura regional.

Em Orwell (2009, p. 14), o mundo é dividido em três regiões e dentro de cada uma delas um Partido é o ente dominante. E como somente deveria existir o Estado enquanto poder soberano, os idiomas do passado eram minados dando lugar à Novafala, que pretendia reduzir o vocabulário de tal forma que se tornasse impossível pensar (ORWELL, 2009, p. 66-67). Não obstante, toda obra cultural do passado era alterada de forma a refletir a ideologia do Partido, minando de vez as barreiras de idioma e cultura (ORWELL, 2009, 54).

No *Admirável Mundo Novo*, os clássicos literários eram esquecidos e queimados, assim como todas as descobertas científicas que pudessem abalar a nova ordem social, na qual as pessoas possuíam estabilidade e felicidade constante, ainda que condicionadas. Huxley (1998, p. 210-215) traz um diálogo entre o Diretor do Centro e John, também chamado de Selvagem, o filho biológico por acidente de duas pessoas da nova sociedade que foi criado numa reserva e depois levado até o centro; neste, a personagem que não fora condicionada questionava o preço pago pela estabilidade social em termos de cultura e ciência:

- Toda mudança é uma ameaça à estabilidade. Esta é outra razão que nos torna pouco propensos a utilizar invenções novas. Toda descoberta da ciência pura é potencialmente subversiva: até a ciência deve, às vezes, ser tratada como um inimigo possível.

[...]

- A arte, a ciência... Parece-me que os senhores pagaram um preço bastante alto pela sua felicidade - observou o Selvagem, quando ficaram sós. - Mais alguma coisa?

- Bem, a religião, naturalmente - respondeu o Administrador. Havia outrora algo que se chamava Deus, antes da Guerra dos Nove Anos. Mas esquecia-me: o senhor sabe muito bem o que é Deus, não?

Todos estes elementos culturais, como o idioma, a literatura e os costumes, compõem a sociedade, individualizando-a perante as demais. Assim, uma relativização do conceito de espaço não deve prejudicar o aspecto cultural, mas apenas proporcionar uma melhor interação entre os homens, construindo uma sociedade pluralista e fraterna, já estruturada em Maritain.

Positivamente, a quebra de barreiras espaciais trouxe muitos benefícios à interação social, conforme expõe Paesani (2006, p. 17): "a *Internet* reduziu drasticamente as barreiras de tamanho, tempo e distância entre pesquisadores, empresas e governos, facilitando o crescimento baseado no conhecimento, na pesquisa de ponta e no acesso à informação".

Por um lado, a desterritorialização da *Internet* pode dificultar a apuração de atos ilícitos, já que estes podem ser praticados por agentes em diversos países produzindo consequências em outros (transnacionalidade), inviabilizando ou, eventualmente, implicando numa confusão a respeito da investigação e a punição. Por outro lado, se os países se preocuparem em compreender a qualidade global e difusa da rede, criando uma rede mútua de colaboração com base em postulados éticos, no sentido de visarem o bem comum social, será improvável que ilícitos fiquem impuníveis. Para tanto, necessário se torna o fomento de acordos bilaterais entre os entes internacionais.

Assim, desponta a necessidade de uma leitura mais flexível do Direito, com eventual estabelecimento de um tratado internacional de cooperação ética entre os países cujo teor seja amplo e flexível, tão dinâmico quanto a própria rede. Peck (2002, p. 05) destaca que "a agilidade imposta às empresas da economia digital exige um pensamento jurídico capaz de ultrapassar a barreira do tempo exigido pelas repartições públicas, pelos órgãos de registro, pelo Poder Judiciário". Por isso, exige-se um novo posicionamento do Direito na sociedade informatizada, consolidando suas premissas éticas.

2.3.3 Intensificação das modalidades de relações pessoais

Outro aspecto marcante da *Internet* é o da criação de novas modalidades de relações jurídico-sociais nas atividades de uma pessoa para com a outra, dentro das empresas e até mesmo na máquina estatal. Hoje, a tecnologia informática é utilizada mesmo nas práticas mais cotidianas e a cada dia ocupa mais espaço na sociedade com o constante advento de novos recursos. A integração crescente entre mentes e máquinas está alterando de maneira fundamental o modo pelo qual o homem nasce, vive, aprende, trabalha, produz, consome, sonha, luta e morre (CASTELLS, 2006, p. 69).

Neste sentido, Corrêa (2000, p. 08) explica que a *Internet* proporciona "[...] um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento".

Em resumo, o ciberespaço permite a combinação de vários modos de comunicação. Encontramos, em graus de complexidade crescente: o correio eletrônico, as conferências eletrônicas, o hiperdocumento compartilhado, os sistemas avançados de aprendizagem ou de trabalho cooperativo e, enfim, os mundos virtuais multiusuários. (LÉVY, 2003, p. 104).

Com efeito, "a lógica do funcionamento de redes, cujo símbolo é a *Internet*, tornou-se aplicável a todos os tipos de atividades, a todos os contextos e a todos os locais que pudessem ser conectados eletronicamente" (CASTELLS, 2006, p. 89).

Considerada a pesquisa do Comitê Gestor da *Internet* no Brasil referente ao ano de 2011, enumeram-se alguns modos de utilização da rede disseminados entre as pessoas:

a) *Meio de comunicação*: 91%. Entre as atividades de comunicação proporcionadas pela rede, 78% a utilizavam para enviar e receber *e-mails*, 69% para participar de *sites* de relacionamento, 72% para enviar mensagens instantâneas, 23% para trocar mensagens de voz ou utilizar programas de videoconferência, 15% para criar ou atualizar *sites* e 14% para participar de fóruns (BRASIL, 2012b).

Especificadamente em relação à comunicação dos usuários da *Internet*, Castells (2006, p. 445) destaca: "a vantagem da rede é que ela permite a criação de laços fracos com desconhecidos, num modelo igualitário de interação, no qual as características sociais são menos influentes na estruturação, ou mesmo no bloqueio, da comunicação". Estes laços, explica Castells (2006, p. 446), se dão nas comunidades virtuais, que são redes sociais interpessoais, normalmente baseadas em laços de relacionamento fracos, diversificadas, especializadas e capazes de gerar reciprocidade, apoio e solidariedade entre seus membros.

b) *Meio de pesquisa para busca de informações e serviços*: 86% (BRASIL, 2012b).

c) *Fins educacionais*: 67%. Entre as atividades educacionais, foram mencionadas por 59% a realização de pesquisas escolares e por 21% o *download* de material (BRASIL, 2012b).

d) *Lazer*: 85%, em práticas como assistir filmes ou vídeos (58%); fazer *downloads* de músicas (51%), filmes (33%), jogos (23%) e *softwares* (20%); ler jornais e revistas (45%); jogar *on-line* (42%), divulgar filmes ou vídeos (15%) e participar de ambientes de simulação virtual (10%) (BRASIL, 2012b). Justamente na utilização da *Internet* para o lazer, de maneira descontraída, que surgem as principais violações a direitos alheios, pois o usuário menospreza as consequências de seus atos praticados por meio eletrônico.

e) *Serviços financeiros*: 24%, sendo 23% para consultas de saldos e 15% para transações bancárias (BRASIL, 2012b).

f) *Comércio eletrônico*: 29%. Assim, na relação de um usuário para com o outro, e entre eles e empresas variadas, surge outra atividade que se tornou comum na rede mundial de computadores, o comércio eletrônico.

Muitos consumidores têm medo de comprar por esse meio, especialmente de colocar seu número de cartão de crédito na rede mundial. Em consequência [sic] desse justificado receio, o maior desafio dos fornecedores de produtos e serviços é justamente conquistar e reter o consumidor e estabelecer com ele, de fato, um relacionamento, uma parceria, e investir numa política de confiança. (PAESANI, 2006, p. 33).

Em 2006, a porcentagem de brasileiros que utilizavam os serviços de comércio eletrônico era de 11% (BRASIL, 2007a, p. 60). O crescimento do número de pessoas que fazem compras pela *Internet* demonstra que a confiabilidade neste tipo de serviço aumentou. Com efeito, já é definitivo o novo impulso nas relações econômicas propiciado pelo ciberespaço, o que até reforça o capitalismo exacerbado (LÉVY, 2005, p. 129-130).

As empresas não utilizam a rede mundial de computadores apenas para relações comerciais, oferecendo ou divulgando produtos e serviços. Ela se tornou fundamental para o bom desenvolvimento de suas atividades, que ficaram mais ágeis e eficazes.

Evidência disso está nos dados divulgados pelo Comitê Gestor da *Internet* no Brasil, segundo o qual 99% das empresas brasileiras, em 2011, utilizavam computadores, sendo que 98% possuíam acesso à *Internet*. Dentre as atividades utilizadas pelas empresas brasileiras no uso da *Internet*, aponta-se: envio de *e-mails* (99%), busca de informações sobre produtos ou serviços (92%), utilização de serviços bancários e financeiros (85%), oferta de serviços ao consumidor (60%), monitoramento de mercado (59%), interação com o Estado (49%) e recrutamento de pessoal (39%). (BRASIL, 2012b).

Muito comum nas empresas é a *Intranet*, que consiste no uso de ferramentas da *Internet* (correio, notícias e *Web*) para a organização interna das empresas ou de redes empresariais (LÉVY, 2003, p. 101). Trata-se de uma rede não interligada à *Internet*, mas com âmbito restrito à própria empresa, de modo a facilitar suas atividades.

Ainda, quanto ao uso pelo Estado no que se chama governança eletrônica, o advento das tecnologias da informação permitiu a conexão de dados dentro de todo aparato estatal e influenciou em seu funcionamento. Entretanto, se, por um lado, o uso do computador e da *Internet* para pesquisas já se consolidou nas diversas esferas de poder, por outro lado, ainda há um caminho longo a ser percorrido sob a perspectiva do pleno implemento destas tecnologias da informação. (GARCIA; ROVER, 2012).

Em termos gerais e otimistas, o governo eletrônico tem se constituído em uma infra-estrutura [sic] de rede compartilhada por diferentes órgãos públicos a partir da qual a gestão dos serviços públicos é realizada. A partir da otimização desses serviços o atendimento ao cidadão são realizados, visando atingir a sua universalidade, bem como ampliando a transparência das suas ações. (ROVER, 2008, p. 19).

Os benefícios proporcionados pela tecnologia são relevantes. Basta pensar que há algumas décadas todos os documentos públicos eram redigidos a mão ou em máquinas de escrever, sendo que um pequeno erro poderia significar o recomeço de todo um trabalho, sem

falar na exclusiva possibilidade de armazenamento material, sujeita a intempéries como incêndios e enchentes. (GARCIA; ROVER, 2012).

A informática possibilita ainda uma comunicação célere e eficiente, que desfaz as fronteiras da distância. Assim, atende ao propósito de despertar no homem a curiosidade e a busca pela diversidade de conceitos e experiências. Ante essa nova concepção de vida em sociedade, não resta ao Estado de Direito outra alternativa que não se adaptar a esse universo tão dinâmico. (CALANDRA, 2008).

Em suma, sendo a *Internet* o meio com maior variedade de modos de comunicação da história, tornou-se comum sua utilização em esferas variadas por pessoas físicas e jurídicas: pessoas físicas utilizam a rede em atividades de trabalho, lazer e compras; pessoas jurídicas de direito privado interagem com computadores e consumidores por meio de recursos tecnológicos da *Web*, bem como estruturam as atividades internas desenvolvidas; e pessoas jurídicas de direito público lançam mão dos instrumentos tecnológicos no âmbito do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, no que se pode chamar governança eletrônica (GARCIA; ROVER, 2012).

Na verdade, novos modos de relacionamentos se ligam às diferentes técnicas proporcionadas, podendo até reestruturar uma sociedade.

No *Admirável Mundo Novo*, de Huxley, as tecnologias eram utilizadas para guiar determinado modo de vida social, algo que se consolidava na postura quase infantil e avessa ao exercício intelectual das pessoas que nele conviviam e no constante hábito de buscar distrações tecnológicas complexas. As pessoas eram incentivadas a não pensar: o tempo todo estavam ou trabalhando, ou acompanhadas, não havendo solidão. No tempo restante, muitas eram as distrações possíveis, como jogos que consumiam inúmeros artigos manufaturados; o cinema sensível, que permitia que as pessoas sentissem o mesmo que as personagens; os comprimidos de soma, uma droga delirante, sem efeitos colaterais, que era fornecida diariamente à população. (HUXLEY, 1998, p. 55-70). Logo, a tecnologia influenciava de forma negativa os modos de relacionamentos das pessoas, tornando-as insensíveis e distantes.

Já em 1984, os relacionamentos se estruturavam considerando as amplas possibilidades de vigilância decorrentes dos recursos tecnológicos, exigindo que as pessoas se distanciassem emocionalmente de família e amigos para manterem a integridade física, mas fazendo-as comparecerem nas mais variadas atividades de trabalho e lazer:

os membros do Partido passam a vida, do nascimento à morte, sob o controle da Polícia das Ideias. Mesmo quando sozinhos, nunca podem ter certeza de que estão sós. Onde quer que estejam, dormindo ou acordados, trabalhando ou descansando, no banho ou na cama, podem ser inspecionados sem aviso e

sem tomar conhecimento de que estão sendo inspecionados. Nada do que fazem é indiferente. Seus amigos, suas distrações, seu comportamento para com esposa e filhos, a expressão de seus rostos quando estão sozinhos, as palavras que murmuram no sono, mesmo os movimentos característicos de seus corpos, são rigorosamente escrutinados. Não apenas seus delitos efetivos, mas toda excentricidade, por menor que seja, toda mudança de hábitos, todo maneirismo nervoso que apresente a possibilidade de ser sintoma de um conflito interno, não deixam de ser detectados. eles não têm liberdade de escolha sobre coisa nenhuma. Por outro lado, seus atos não são regulamentados por lei nem por qualquer outro código de conduta claramente formulado. (ORWELL, 2009, p. 248).

Que a sociedade está tomada pela rede mundial de computadores, é uma realidade. Vive-se a era da informatização, na qual as tecnologias informáticas alteraram a perspectiva a respeito do funcionamento da sociedade aceitando que uma variedade de atividades pudesse ser praticada por meios eletrônicos. Esta vasta gama de relações agora praticadas pela *Internet* implica em dificuldade de controle e possibilita conflitos, que serão levados ao Estado para solução, algo que é natural num contexto tão inovador. Contudo, a tecnologia não pode condicionar o homem a determinado comportamento de modo a retirar-lhe a autonomia.

Na solução de conflitos que surjam de uma violação dos limites impostos ao uso das atividades propiciadas pela rede mundial de computadores, é preciso efetuar uma busca axiológica nos postulados éticos e sustentar soluções pacificadoras, deixando a intervenção estatal como um último recurso para preservar o dinamismo e a liberdade da *Internet* sem autorizar injustiças e abusos.

2.3.4 Democratização, autonomia e liberdade

O último aspecto da rede mundial de computadores que confere a ela uma dinâmica que pressupõe um maior respeito aos ditames éticos é composto por três características interligadas: democratização²², que gera autonomia, a qual pressupõe uma maximização do exercício da liberdade. Este conjunto refere-se ao espaço que a *Internet* proporciona para que o sujeito desenvolva sua personalidade de forma livre e não oprimida, permitindo a construção de uma sociedade na qual as individualidades sejam valorizadas sem prejuízo ao bem comum.

Talvez a obra de Orwell deixe mais claro o contexto de opressão social devido à falta de condicionamento prévio dos habitantes. Aqueles que não conseguiam pensar conforme o

²² Em cada país há um maior ou menor grau de democracia conforme a realização dos seus elementos constitutivos, tomando-se como parâmetro os arranjos institucionais em que se assenta o governo do povo (MACHADO, 2012, p. 61). No entanto, como o ciberespaço é desterritorializado é possível afirmar que a democracia também adquire algum caráter difuso e pode se ampliar numa localidade, por exemplo, unindo pela rede mundial de computadores a massa contra um regime ditatorial.

Estado, eram mortos e torturados. Não havia democracia alguma, pois não existiam nem ao menos leis, quanto mais a participação de todos na construção da justiça social:

na vasta maioria dos casos não havia julgamento, não havia registro da prisão. As pessoas simplesmente desapareciam, sempre durante a noite. Seus nomes eram removidos dos arquivos, todas as menções a qualquer coisa que tivessem feito eram apagadas, suas existências anteriores eram negadas e em seguida esquecidas. Você era cancelado, aniquilado. *Vaporizado*, esse o termo costumeiro. (ORWELL, 2009, p. 30).

As torturas contra aqueles que pensavam contra o Estado eram praticadas no Ministério do Amor, fazendo com que todos confessassem os crimes mais bárbaros possíveis. No fundo, a pretensão não era apenas obter a confissão, mas fazer com que de tão torturada a pessoa mudasse seu pensamento e passasse a amar o Partido, conforme explicado por O'Brien, personagem torturadora de Orwell (2009, p. 300):

será preciso explicar por que o trouxemos para cá? Foi para curá-lo! Para fazer de você uma pessoa equilibrada! Será que é tão difícil assim você entender, Winston, que ninguém sai deste lugar sem estar curado? Não estamos preocupados com aqueles crimes idiotas que você cometeu. O Partido não se interessa pelo ato em si: é só o pensamento que nos preocupa. Não nos limitamos a destruir nossos inimigos; nós os transformamos. [...] Não pense que se salvará, Winston, por mais absoluta que seja sua rendição. Ninguém que tenha desencaminhado foi poupado. E mesmo que resolvêssemos deixá-lo viver até o fim de seus dias, mesmo assim você jamais escaparia de nós. O que lhe acontecer aqui é para sempre. [...] Tudo estará morto dentro de você. Nunca mais lhe será possível experimentar o amor, a amizade, a alegria de viver, o riso, a curiosidade, a coragem ou a integridade. Ficarás oco. Vamos espreme-lo até deixá-lo vazio, e depois o preencheremos conosco mesmos. (ORWELL, 2009, p. 297-300).

No fim, as pessoas eram mortas de livre e espontânea vontade, arrependidas de terem se voltado contra o Estado, que seria a única salvação para o mundo. Quem pensava contra o Estado, diferente da maioria, não sobrevivia nem intelectualmente.

Já no mundo descrito por Huxley, era praticamente impossível que alguém pensasse diferente dos demais, porque todos eram condicionados desde logo a pensar conforme o Estado, conforme explica uma das personagens de Huxley (1998, p. 31):

até que, finalmente, o espírito da criança seja coisas sugeridas, e que a soma dessas sugestões seja o espírito da criança. E não somente o espírito da criança. Mas também o adulto, para toda a vida. O espírito que julga, e deseja, e decide, constituído por essas coisas sugeridas. Mas todas essas coisas sugeridas são aquelas que nós sugerimos, nós! - O Diretor quase gritou, em seu triunfo. - Que o Estado sugere.

Assim, a personalidade individual era formada conforme as sugestões implantadas pelo Estado desde a infância. A opressão estatal criava um mundo de pessoas iguais, sem

intelectualidade individualizada, logo, uma sociedade antidemocrática impedia que as pessoas tivessem liberdade de pensamento e com isso minava a autonomia individual. Uma das técnicas utilizadas no condicionamento era o ensino pelo sono:

o ensino pelo sono chegou a ser proibido na Inglaterra. Havia uma coisa chamada liberalismo. O Parlamento, se é que os senhores sabem o que era isso, votou uma lei contra ele. Conservaram-se as atas das sessões. Discursos sobre a liberdade do indivíduo. A liberdade de ser ineficiente e infeliz. A liberdade de ser uma cavilha redonda num buraco quadrado. (HUXLEY, 1998, p. 47).

As duas obras têm em comum a composição por indivíduos cujo pensamento foi massificado para atender aos interesses do Estado. Contudo, o indivíduo não é massa e nem deve ser. Além disso, o Estado existe para que ele possa se desenvolver, e não o contrário. O Estado deve garantir o livre desenvolvimento daqueles que compõem a sociedade e, para isso, deve garantir a liberdade de expressão e de informação, deve permitir que cada um pense por si embora deva se atentar ao todo. Daí a importância de um ambiente democrático e liberalista como a *Internet*, permitindo de forma maximizada o exercício da construção da personalidade, o que somente é possível com autonomia e liberdade. Assim, tem-se uma sociedade democrática, construída com a participação de todos os indivíduos, que possuem espaço para o livre desenvolvimento.

O caráter democrático da *Internet* é tomado no sentido de possibilitar uma participação ativa dos cidadãos. "Pode-se afirmar que o grau de democracia de um sistema pode ser medido pela quantidade e qualidade de informação transmitida e pelo número de sujeitos que a ela tem acesso" (PAESANI, 2006, p. 23). Nesta linha, segundo Castells (2006, p. 439), "quanto maior a diversidade de mensagens e de participantes, mais alta será a massa crítica da rede". Aprofundando a questão, destaca-se que por mais que a rede aumente em sua estrutura, não necessariamente a sociedade ganhará em pensamento crítico. Afinal, a sociedade é movida por pessoas e se estas se limitarem a mandar um intenso número de mensagens sem que estas possuam qualidade de conteúdo não haverá uma verdadeira democratização: democracia pressupõe consciência e quantidade não significa qualidade. Logo, o juízo moral das pessoas também é determinante para que se meça o grau de autonomia e democracia do meio, banindo-se a manipulação.

Esta massa crítica, capaz de garantir a ampliação do exercício da democracia em sociedade, é dotada do que Lévy (2005, p. 96-97) chama de inteligência coletiva, entendida como "uma inteligência distribuída em toda parte, continuamente valorizada e sinergizada em

tempo real", sendo a inteligência "o conjunto canônico de aptidões cognitivas, a saber, as capacidades de perceber, de lembrar, de aprender, de imaginar e de raciocinar".

Explica Lévy (2005, p. 98) que a dimensão coletiva da inteligência usualmente é desprezada, mas é considerável porque os homens se comunicam e porque a humanidade vive cercada de instrumentos e artefatos, frutos do conhecimento por ela desenvolvido através dos tempos. De fato, o mais comum é se falar em inteligência individual, como uma característica presente com maior ou menor intensidade em cada pessoa. Contudo, é inegável que quando as pessoas interagem e trocam informações surge uma nova espécie de inteligência, difusa, indeterminada e muito importante para o desenvolvimento da rede e da sociedade.

Nesta seara, segundo Lévy (2005, p. 100), os meios de comunicação são fatores de coação da inteligência coletiva. Mostra-se coerente tomar como verdadeira a afirmação, pois o único modo para aperfeiçoar o conhecimento difuso na sociedade é por meio da comunicação. Entrementes, por ser a *Internet* uma tecnologia dotada de tamanhas particularidades a ponto de permitir uma interação ampla entre todos os membros na sociedade, está nela o principal meio de comunicação propulsor da inteligência coletiva.

Por outro lado, deve-se notar que os serviços prestados tanto pelos indivíduos quanto pela mídia ao coletivo nem sempre visam beneficiá-lo (LÉVY, 2005, p. 109). Isto se dá porque a existência de relações de poder e dominação criam obstáculos às forças de propulsão da inteligência coletiva (LÉVY, 2005, p. 121). É mais difícil manipular as informações na rede mundial de computadores porque variados *sites* e usuários propiciam a circulação delas de forma constante, o que diminui as chances de massificação do conhecimento. Ainda assim, fora de grupos com um comprometimento sério a respeito das discussões relevantes para a melhoria da sociedade, tem sido comum que a rede se torne fruto de discórdias e de divulgação de informações inverídicas. A existência daqueles que menosprezam a aptidão deste veículo de comunicação para a garantia da democracia não ilide esta característica fundamental e nem impede que a massa crítica da rede se amplie.

A permissão de participação que somente é possível num ambiente democrático confere maior autonomia ao usuário, que pode escolher o seu modo de agir. Com efeito, a Internet devolve ao usuário um papel de protagonista na sociedade. Trata-se de uma consequência dos modos de uso propiciados pela tecnologia em estudo, afinal, como destaca Lévy (2005, p. 41), as informações da rede mostram acesso a outra maneira de visualização e compreensão, encontrando-se o leitor em uma posição ativa porque pode não só obter informações, mas também promover uma interação de conteúdos divulgando seus conhecimentos e debatendo ideias.

Retomando a definição kantiana do primeiro capítulo, não se pode olvidar que a verdadeira autonomia da vontade pressupõe os respeito à lei moral, diferindo-se da heteronomia do livre-arbítrio. Exercer a autonomia não significa agir sem limites, pelo contrário, o respeito aos preceitos morais é pressuposto da caracterização da verdadeira autonomia - sem ele, tem-se apenas uma falsa autonomia. Logo, garantindo-se a autonomia na *Internet* é assegurada a liberdade, que não poderá ser irrestrita.

Muitos defendem que a rede é um meio de comunicação anárquico. Entretanto, consideradas as suas particularidades, parece que adotar esta posição é menosprezar sua capacidade de fomento ao exercício da liberdade. Para Lévy (2005, p. 128), "dizer que ela é 'anarquista' é um modo grosseiro e falso de apresentar as coisas. Trata-se de um objeto comum, dinâmico, construído, ou pelo menos alimentado, por todos os que o utilizam".

Com efeito, para que a democratização propiciada pelo ciberespaço seja efetiva, é preciso que atinja o maior número possível de pessoas. Afinal, "é na ampla possibilidade de utilização por todos os membros da sociedade que se evidencia o caráter democrático da rede, que além de ser uma característica do ciberespaço, é um de seus aspectos mais positivos" (POZZOLI; GARCIA, 2010, p. 227). Por isso, acessibilidade é um conceito intrínseco à democratização exponencial do ciberespaço.

Globalmente, a presença da tecnologia passa a ser novo fator de análise de subdesenvolvimento, ao mesmo tempo que equipara países que ainda não resolveram problemas primários, como saneamento básico e saúde, a outros onde essas questões já está satisfatoriamente resolvidas (PECK, 2002, p. 20).

Em 2011, segundo dados estatísticos, 32,7% da população mundial tinha acesso à rede, sendo que o continente com menor porcentagem de usuários era a África, onde apenas 13,5% da população tinha acesso à *Internet*. A maior porcentagem de usuários, 78,6%, era da América do Norte; em segundo lugar vinha a Oceania, com 67,5% da população conectada e em terceiro lugar a Europa, com 61,3% de usuários. Nota-se, entretanto, que cada vez mais pessoas têm acesso à rede. Na África mesmo, onde o acesso ainda é pequeno, foi constatado um aumento de 2988,4% no número de usuários da população com relação aos dados estatísticos do ano 2000 (INTERNET WORLD STATS, 2012).

No Brasil, a última pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação divulgada pelo Comitê Gestor da *Internet* evidencia que o acesso à rede aumentou e que cada vez mais pessoas têm acesso em sua casa, com computador próprio, contudo, o número ainda está longe do ideal.

Os domicílios brasileiros que possuem computador com acesso a *Internet* é de 38%, sendo que a região sudeste possui o maior número de residências com acesso, 49%, contra 45% do sul, 39% do centro-oeste, 22% do norte e 21% do nordeste (BRASIL, 2012b). A falta de condições financeiras é o motivo dado por 70% das pessoas que não possuem computador no domicílio (BRASIL, 2012b). Destaca-se a figura dos centros de acesso pagos, as populares *lan houses*: 28% dos usuários da *Internet* no Brasil admitem que acessaram a rede nestes centros (BRASIL, 2012b).

[...] é necessário promover a inclusão digital de toda a população, como modo de proporcionar o exercício da democracia e a construção de uma sociedade mais justa e participativa, onde todos os seus membros possuam espaço para expressar suas convicções e buscar informações, tornando-se mais críticos e provocando mudanças no contexto social (POZZOLI; GARCIA, 2010, p. 229).

Com o constante aumento de pessoas com acesso à rede mundial de computadores, a tendência é que a democratização da rede mundial de computadores se amplie. Afinal, aumentará o número de incluídos digitalmente com aptidão para utilizar a *Internet* no desenvolvimento de sua personalidade, respeitados os limites dos usos e abusos da liberdade, pois nenhuma autonomia verdadeira é possível sem o respeito aos ditames da Ética.

2.4 Colisões de princípios na *Internet* e a Ética como base de solução

Originalmente, a conexão entre máquinas por uma rede surgiu como um recurso militar, podendo ser no máximo a um recurso universitário. Entretanto, a ideia foi aos poucos ganhando forças e atingindo esferas sociais não imaginadas, chegando à atualmente denominada *Internet*, uma mídia de comunicação que reúne uma quantidade de informações imensurável resultado de uma vasta gama de atividades propiciadas. A rede mundial de computadores passou a fazer parte da vida em sociedade numa velocidade surpreendente.

Em resumo, na rede são estabelecidas relações dinâmicas, flexíveis, variadas e exponenciais - a cada dia surgem novos modos de utilização e são lançados na rede infinitos *bits* de informações que implicam num crescimento sem medidas em termos quantitativos e qualitativos - devido às particularidades que a cercam. Não é toda tecnologia que está apta a alterar o modo de vida social, mas apenas aquela que possui um conjunto de características que a diferencia substancialmente das demais. Considerados os aspectos apresentados no tópico anterior, pode-se dividi-las em dois grupos: o primeiro de cunho mais técnico, referente à estruturação da rede, composto pelos elementos do fluxo de informações intenso e mutável e da desterritorialização; o segundo de cunho social, por refletir particularidades que somente

nasceram devido à forma de recepção da tecnologia pela sociedade, integrado pelos variados modos de utilização e pela maior autonomia e liberdade do usuário.

Tendo em vista que estes grupos de aspectos caracterizadores da *Internet* permitiram a consolidação da era da informatização, natural que propiciem implicações jurídico-sociais. Afinal, a sociedade diante de novos contextos, de um lado positivo, os recepciona e torna a convivência em seu seio mais fácil, de um lado negativo, se depara com novos contextos para os tradicionais conflitos de interesses.

Em regra, quando surge um novo conflito de interesses em sociedade o Legislativo entra em ação e formula uma lei específica disciplinando cada caso. Enquanto esta lei não é formulada, os casos são levados ao Poder Judiciário que, para solucioná-los, deve efetuar um juízo de ponderação. O tratamento proposto pelo Direito para os casos comuns de conflitos de interesses é visivelmente rígido. Daí a problemática que desponta na rede mundial de computadores, cujo dinamismo pressupõe um Direito flexível. Tanto é assim que autores como Peck (2002, p. 24) defendem a necessidade de predomínio da *Common Law* nos conflitos no ciberespaço:

a mudança é constante e os avanços tecnológicos afetam diretamente as relações sociais. Sendo assim, o direito digital é, necessariamente, pragmático e costumeiro, baseado em estratégia jurídica e dinamismo. O direito costumeiro, ou *Common Law*, é um direito que utiliza o histórico de decisões de casos concretos como subsídio legal para uma ação judicial. Ou seja, ele cria um banco de dados de memória futura, tendo por referência os próprios costumes da sociedade. Este princípio deve reger o direito digital, de modo a imprimir um dinamismo que seja capaz de dar soluções rápidas aos conflitos.

As questões técnicas exigem o respeito ao dinamismo da rede porque é impossível estruturá-la de outra forma sem que ela deixe de ser o que é, ou seja, a *Internet* sem o dinamismo não seria ela mesma porque desde os seus fundamentos técnicos foi concebida para funcionar como uma rede ampla e de fluxo constante. Já as questões sociais obrigam este respeito ao dinamismo porque a sociedade se habituou aos recursos propiciados pela rede e não aceitaria a perda de um espaço para o exercício de suas liberdades e a construção de sua autonomia, de forma que qualquer imposição neste aspecto geraria uma ausência de eficácia da norma pela não recepção social. Com efeito, em termos teóricos, no que tange às particularidades da rede mundial de computadores, é impossível impor uma rigidez no tratamento das questões conflituosas no ciberespaço de forma que ela perca em dinamismo.

Para garantir um Direito que seja flexível como a *Internet* e compatível com as necessidades sociais daqueles que a utilizam, é preciso priorizar a solução de conflitos de

interesses por meio da ponderação aceita pela nova hermenêutica constitucional, que é facilmente adaptável aos variados casos concretos e reaproxima o Direito do valor do justo, elemento valorativo que o compatibiliza com a Ética cujos ditames também estabelecem os regramentos morais que ditam as relações dos internautas uns com os outros. Vale retomar os principais pontos da nova hermenêutica, conforme Bonavides (2011, p. 606-608):

há na Constituição normas que se interpretam e normas que se concretizam. A distinção é relevante desde o aparecimento da nova hermenêutica, que introduziu o conceito novo de concretização, peculiar à interpretação de boa parte da Constituição, nomeadamente dos direitos fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional. Neste são usuais preceitos normativos vazados em fórmulas amplas, vagas e maleáveis, cuja aplicação requer do intérprete uma certa diligência criativa, complementar e aditiva para lograr a completude e fazer a integração da norma na esfera da eficácia e juridicidade do próprio ordenamento. Na velha hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção; na nova hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, o que há é concretização; ali, a norma legal, aqui, a norma constitucional; uma interpretada, a outra concretizada. [...] Os métodos tradicionais, a saber, gramatical, lógico, sistemático e histórico, são de certo modo rebeldes a valores, neutros em sua aplicação, e por isso mesmo impotentes e inadequados para interpretar direitos fundamentais. Estes se impregnam de peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a nova hermenêutica. [...] A partir daí se coloca, obviamente, o recurso ao princípio da proporcionalidade, que também serve de apoio à metodologia da nova hermenêutica.

Ou seja, os conflitos no ciberespaço devem ser resolvidos pela ponderação, tanto nas escolhas dos que a utilizam em relação à sua ação (Moral), quanto na solução das questões levadas ao Poder Judiciário (Direito). Sobre esta compatibilidade entre a ponderação moral e a ponderação jurídica, aponta Perelman (2000, p. 208):

uma situação em que dois precedentes ou duas regras podem, de uma forma igualmente válida, aplicar-se a um mesmo conjunto de fatos, é capaz de conduzir, em direito, a antinomias e, em moral, a um conflito de deveres; trata-se, então, de escolher a regra à qual será concedida a prioridade para a resolução do caso em questão.

Em termos de conteúdo, a mesma solução ao conflito de interesses que é aplicada no regramento moral dentro da rede estabelecido entre os sujeitos envolvidos será adotada juridicamente no julgamento com base na ponderação de direitos fundamentais. Afinal, a formação da ordem jurídica com o fim de conservar e fazer evoluir a sociedade não se processa de forma aleatória, mas sempre tomando por base os postulados éticos, de modo que o Direito criado não apenas é irradiação dos princípios morais como também é força aliada para a propagação e respeito destes princípios (NADER, 2001, p. 53).

Sobre a teoria do mínimo ético, Reale (2005, p. 42-43) aponta que o Direito possui apenas um mínimo de moral obrigatória para a sobrevivência da sociedade, pois é indispensável que se puna de maneira mais contundente e rigorosa a transgressão de dispositivos considerados indispensáveis para a paz social, de modo que não é exato dizer que tudo que se passa no mundo jurídico é ditado pela Moral, o que não ocorre, por exemplo, nas normas jurídicas que disciplinam prazos processuais. Nem toda norma jurídica será, assim, dotada de cunho moral. No entanto, como se verá no decorrer deste tópico, os principais conflitos de interesses que se estabelecem no ciberespaço referem-se a questões morais, compondo esta esfera que integra o mínimo ético do Direito.

Ainda quanto às compatibilidades entre Moral e Direito sob o aspecto do conteúdo, aduz Perelman (2000, p. 298-299):

tradicionalmente, os estudos consagrados às relações entre o Direito e a Moral insistem, dentro de um espírito kantiano, naquilo que os distingue: o Direito rege o comportamento exterior, a Moral enfatiza a intenção, o Direito estabelece uma correlação entre os direitos e as obrigações, a Moral prescreve deveres que não dão origem a direitos subjetivos, o Direito estabelece obrigações sancionadas pelo Poder, a Moral escapa às sanções organizadas. [...] Os juristas, descontentes com uma concepção positivista, estadística e formalista do Direito, insistem na importância do elemento moral no funcionamento do Direito, no papel que nele desempenham a boa e a má-fé, a intenção maldosa, os bons costumes, a equidade [sic], e tantas outras noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado. Algumas dessas regras foram promovidas à categoria de *princípios gerais do direito* e alguns juristas não hesitam em considerá-las obrigatórias, mesmo na ausência de uma legislação que lhes concedesse o estatuto formal de lei positiva, tal como o princípio que afirma os direitos da defesa.

Em resumo, as principais notas que distinguem Moral de Direito não se referem ao conteúdo, mas sim a: a) exterioridade, pois o Direito refere-se a um comportamento exterior e a Moral a um comportamento interior (intenção); b) exigibilidade, tendo em vista que no Direito é possível exigir a obrigação correspondente, mas agir conforme a Moral não garante direitos, isto é, não é possível exigir que alguém aja moralmente em contrapartida; c) coação²³, já que embora tanto Moral quanto Direito aceitem punições, somente as sanções jurídicas são aplicadas pelo Estado, restando para a esfera Moral a aplicação de sanções não organizadas.

²³ Os sistemas jurídicos possuem a coação, ou seja, o uso da força a serviço da sociedade, que é extremamente importante porque o Direito é uma necessidade e não uma mera conveniência, sendo que o uso da força gera estabilidade social porque o teor ético das normas não basta para o cumprimento do Direito (NADER, 2001, p. 59). Entretanto, como afirma Reale (2002, p. 677), "não resta dúvida que não são motivos estritamente jurídicos que levam os homens a agir em conformidade com o Direito".

A nota de compatibilidade entre Moral e Direito se torna mais evidente nas colisões de direitos fundamentais, as quais predominam nos principais conflitos estabelecidos no uso da rede mundial de computadores, por exemplo: liberdade *vs.* privacidade, liberdade *vs.* personalidade, privacidade *vs.* segurança jurídica, liberdade *vs.* propriedade. Em termos de teoria constitucional, muito tem se discutido a respeito desta aproximação entre Moral e Direito proporcionada pela normatização dos princípios fundamentais.

Alexy está entre os autores que explicam o porquê desta interação entre o dever-ser (deontologia) e o bom/justo (axiologia). Inicialmente, Alexy (2011, p. 85-96) delimita a distinção entre regras e princípios, sendo que geralmente as normas de direitos fundamentais se enquadram na segunda categoria, explicando que, enquanto as regras devem ser satisfeitas ou não satisfeitas, os princípios são mandamentos de otimização; desta forma, enquanto regras incompatíveis são excludentes uma da outra (salvo se alguma delas for cláusula de exceção), princípios incompatíveis são ambos válidos mostrando-se necessário que um deles ceda sem perder em validade. Pressupondo que geralmente no âmbito dos direitos fundamentais tem-se colisões de princípios, a regra será a do sopesamento para a solução de conflitos. Por sua vez, tal regra do sopesamento também é necessária quando dois *valores* entram em conflito, não sendo este o diferencial entre valores e princípios, mas outro:

[...] os conceitos práticos dividem-se em três grupos: os deontológicos, os axiológicos e os antropológicos. Exemplos de conceitos *deontológicos* são os conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo. Comum a esses conceitos [...] é o fato de que podem ser reduzidos a um conceito deontológico básico, que é conceito de dever ou de dever-ser. Já os conceitos *axiológicos* são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou de dever-ser, mas o conceito de bom. A diversidade de conceitos axiológicos decorre da diversidade de critérios por meio dos quais algo pode ser qualificado como bom. Assim, conceitos axiológicos são utilizados quando algo é classificado como bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito. Exemplos de conceitos *antropológicos*, por fim, são os conceitos de vontade, interesse, necessidade, decisão e ação. Esses três grupos de conceitos abarcam o campo de disputas fundamentais tanto na filosofia prática quanto na ciência do Direito. *Aqui é possível mencionar, por exemplo, as controvérsias acerca do caráter deontológico ou teleológico da Ética, as quais são, em grande parte, uma disputa sobre o primado do conceito de dever-ser ou do conceito de bom* [...] (grifo nosso) (ALEXY, 2011, p. 145-146).

Com efeito, conforme se extrai do trecho colacionado, os princípios fundamentais da Constituição Federal se inserem no campo da deontologia, mas não são incompatíveis sob o aspecto do conteúdo com os valores do campo da axiologia, esfera da filosofia do direito

responsável pelo estudo da Ética. Afinal, o ideal é que a norma que traduz o dever-ser expresse o bom, o justo, ou seja, o ético. Prossegue Alexy (2011, p. 153):

aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.

Em complemento, Alexy (2011, p. 159) entende que determinados valores exteriorizam tudo o que é levado em conta num sopesamento de direitos fundamentais: "assim, com poucos conceitos, como 'dignidade', 'liberdade', 'igualdade', 'proteção' e 'bem-estar da comunidade', é possível abarcar quase tudo aquilo que tem que ser levado em consideração em um sopesamento de direitos fundamentais". Por sua vez, "segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro" (ALEXY, 2011, p. 167).

Logo, havendo colisão entre princípios fundamentais, que estabelecem como dever-ser os valores do bom e do justo, consolidando o elemento ético do Direito, cabe um sopesamento, o qual se dará tanto na escolha individual pelo agir moral quanto na decisão judicial pelo princípio prevalente num raciocínio hermenêutico constitucional.

Diante desta compatibilidade de conteúdo entre Moral e Direito no ponto de intersecção ético, o qual se faz presente nas colisões de princípios no ciberespaço, nota-se que as soluções para estes conflitos são mais que jurídicas, pois são éticas e, como a Ética é composta ao menos pelos elementos da Moral e do Direito, estas soluções jurídicas são também soluções morais. O estudo dos limites do agir ético na *Internet* implica em estabelecer pressupostos morais e jurídicos para a solução de conflitos.

Destaca-se que a existência de conflitos no campo da Moral e do Direito não está apta a ilidir a validade dos preceitos éticos. Nesta linha, tratando dos conflitos que surgem de normas éticas, explica Reale (2002, p. 249):

no plano das normas éticas, a contradição dos fatos não anula a validade dos preceitos: ao contrário, exatamente porque a normatividade não se compreende sem fins de validade objetiva e estes têm sua fonte na liberdade espiritual, os insucessos e as violações das normas conduzem à responsabilidade e à sanção, ou seja, à concreta afirmação da ordenação normativa.

Com efeito, não há problemas metodológicos em se tratar de forma conjunta as soluções possíveis para os principais conflitos do ciberespaço, devido à necessidade de compatibilidade entre a disciplina moral e a jurídica, pelo contrário: a abordagem conjunta

permite uma visão ampla dos principais problemas que despontam na rede mundial de computadores e resulta na elaboração de diretivas que sejam compatíveis com o agir ético esperado da sociedade e do conteúdo jurídico aplicado.

2.4.1 Limites éticos ao exercício do direito à liberdade na rede

É possível afirmar que todos os conflitos na rede mundial de computadores, ao menos sob algum aspecto, derivam do exercício abusivo de alguma das facetas do direito à liberdade, notadamente da liberdade de expressão ou da liberdade de informação. Por isso, é tão delicado compreender os limites éticos que cercam o exercício deste direito, fazendo cair por terra a teoria de que o ciberespaço seria uma terra sem lei na qual tudo é permitido.

A instantânea quantidade de informações em comunicação de massa criou a falsa impressão de que o ciberespaço é uma terra sem fronteiras onde as pessoas do mundo podem estar interconectadas como se vivessem juntas numa pequena cidade, sem limites de ação, conceito que tem sido refutado decisivamente nas ações propostas ao redor do mundo (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 13).

Silva (2006, p. 231) explica que "o homem se torna cada vez mais livre na medida em que amplia seu domínio sobre a natureza", ou seja, com a evolução da sociedade, a tendência é que o círculo que delimita a esfera da liberdade se amplie. Entretanto, o direito à liberdade nunca foi assegurado de forma irrestrita, internacional ou constitucionalmente, assim como nunca se defendeu no campo da Moral que alguém pudesse exercê-lo sem limites.

Nos termos do artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, "todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras" (ONU, 2012a).

Especificadamente no tocante ao direito de ser informado e ter acesso à vida cultural da comunidade, estabelece o artigo XXVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos que "todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios" (ONU, 2012a).

No âmbito do artigo 5º da Constituição Federal, colacionam-se os seguintes incisos quanto às dimensões da liberdade usualmente exercitadas no ciberespaço:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...] (BRASIL, 2012a).

Em termos de sua disciplina no âmbito global e no nacional, considerado o tratamento dentro da rede mundial de computadores, o direito à liberdade pode ser visto como liberdade de pensamento, liberdade de expressão e liberdade de informação: primeiro, a garantia de se poder pensar qualquer coisa, depois a de poder expressar o que se pensa e, finalmente, o de buscar todas as informações que pretenda conhecer - aspecto negativo do direito à liberdade. No entanto, o exercício do direito à liberdade, em todas suas facetas, se limita pelos demais direitos fundamentais. Logo, se a liberdade é um direito fundamental, também é um dever fundamental que ela seja exercida de modo a preservar os demais direitos da mesma natureza.

Na esfera filosófica, percebe-se que o direito à liberdade é inerente ao homem, possibilitando o seu desenvolvimento enquanto pessoa humana. Vale lembrar que agir conforme a virtude não é algo que possa ser forçado, de forma que ninguém será de fato ético se não respeitar espontaneamente, de forma *livre*, os postulados morais - embora a lei seja um instrumento para punir aqueles que violem certos ditames éticos. É preciso garantir espaço para se deliberar a respeito do fim correto, vedando-se abusos, que nem ao menos ocorrerão se o homem seguir estritamente sua racionalidade. Aliás, a filosofia kantiana toma a liberdade como base das leis morais, somente podendo ser verdadeiramente exercida com o respeito à lei fundamental da razão pura prática - é a autonomia da vontade, que se difere da heteronomia do livre-arbítrio.

Silva (2006, p. 241) aponta que a liberdade de pensamento, que também pode ser chamada de liberdade de opinião, é considerada pela doutrina como a liberdade primária, eis que é ponto de partida de todas as outras, e deve ser entendida como a liberdade da pessoa adotar determinada atitude intelectual ou não, de tomar a opinião pública que crê verdadeira.

Na verdade, o ser humano, através dos processos internos de reflexão, formula juízos de valor. Estes exteriorizam nada mais do que a opinião de seu emitente. Assim, a regra constitucional, ao consagrar a livre manifestação do pensamento, imprime a existência jurídica ao chamado direito de opinião. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2006, p. 140).

Por sua vez, conforme Silva (2006, p. 243), a liberdade de expressão pode ser vista sob diversos enfoques, como o da liberdade de comunicação, ou liberdade de informação, que consiste em um conjunto de direitos, formas, processos e veículos que viabilizam a coordenação livre da criação, expressão e difusão da informação e do pensamento. Contudo, a manifestação do pensamento não pode ocorrer de forma ilimitada:

a manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga. (BONAVIDES, 2011, p. 39).

Afinal, os direitos humanos fundamentais "não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos" (BONAVIDES, 2011, p. 27).

É preciso destacar o papel dos meios de comunicação no que se refere à liberdade de expressão, porque estes influenciam na forma de exteriorização do pensamento e difusão de informações (SILVA, 2006, p. 245). Neste ponto se evidencia a influência do surgimento de novas mídias na evolução do direito à liberdade.

Silva (2006, p. 260) explica que, em face deste aspecto, deve ser destacado o direito à informação, dimensão coletiva da própria liberdade de comunicação:

o direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação de pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações dos meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, envolve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva.

A marca da obra de Orwell consiste na defesa de que a liberdade deve ser garantida na vida social, sob pena de se acabar com o indivíduo. Perturbado, o protagonista de Orwell (2009, p. 101) define liberdade: "liberdade é a liberdade de dizer que dois mais dois são quatro. Se isso for admitido, tudo o mais é decorrência".

Era tão consolidada a questão da perda de liberdade que os cidadãos eram incitados a odiar aqueles que um dia a defenderam. Gerando histeria nos presentes, o vídeo dos dois minutos de ódio, reunião diária obrigatória na qual todos odiavam um inimigo invisível contrário ao Partido, as falas deste favoráveis à liberdade são motivo de revolta:

Goldstein atacava o Grande Irmão, denunciava a ditadura do Partido, exigia a imediata celebração da paz com a Eurásia, defendia a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião, a liberdade de pensamento, gritava histericamente que a revolução fora traída (ORWELL, 2009, p. 23).

Poucos, ou quase nenhum, percebiam que o medo era a marca desta nova sociedade, não o medo de agir contra o Partido manifestando sua revolta, mas o simples medo de pensar

contra a massa. Quando Winston começa a escrever um diário criticando o Partido, já sabe que será morto em pouco tempo, apenas por pensar de maneira diferente dos demais:

não fazia a menor diferença levar o diário adiante ou não. de toda maneira, a Polícia das Ideias haveria de apanhá-lo. Cometera - e teria cometido, mesmo que jamais houvesse aproximado a pena do papel - o crime essencial que englobava todos os outros. Pensamento-crime, eles o chamavam. (ORWELL, 2009, p. 29).

Liberdade é mais do que apenas se expressar, liberdade é ser. Para alguém se dizer uma pessoa, deve ter liberdade para pensar como quiser, algo essencial até mesmo para a manutenção da sanidade mental. Sabendo disso, Winston escreveu em seu diário:

não era fazendo-se ouvir, mas mantendo a sanidade mental que a pessoa transmitia sua herança humana. Voltou para a mesa, molhou a pena da caneta e escreveu: "ao futuro ou ao passado, a um tempo em que os homens sejam diferentes uns dos outros, em que não vivam sós - a um tempo em que a verdade exista e em que o que for feito não possa ser desfeito: Da era de uniformidade, da era da solidão, da era do Grande Irmão, da era do duplipensamento - saudações!" (ORWELL, 2009, p. 39-40).

A liberdade de pensamento proporciona a construção da individualidade, da autonomia pessoal. O desejo de ser indivíduo deve fazer parte do ideário humano, de modo que o corpo social nunca seja superior à pessoa humana, mas apenas sustentáculo ao seu desenvolvimento livre. Em Huxley (1998, p. 86), Bernard expressa o desejo incomum de ser mais indivíduo e menos parte do todo:

mas eu quero [...] Isso me dá a sensação [...] de ser mais eu, se é que você compreende o que quero dizer. De agir mais por mim mesmo, e não tão completamente como parte de alguma outra coisa. De não ser simplesmente uma célula do corpo social. Você não tem a mesma sensação, Lenina?

Ao ser questionado por Lenina sobre esta vontade de não ser parte do corpo social, Bernard continua fazendo um complexo questionamento sobre o condicionamento social, pensando como seria se ele não estivesse escravizado pelo que o Estado incutiu nele. Trata-se de clara defesa da liberdade de pensamento, sem a qual não há autonomia ou individualidade: "como posso? Não, o verdadeiro problema é este: como é que não posso, ou antes - porque eu sei perfeitamente por que é que não posso - o que sentiria eu se pudesse, se fosse livre, se não estivesse escravizado pelo meu condicionamento?" (HUXLEY, 1998, p. 86).

A liberdade de informação também desempenhava relevante papel neste contexto, manipulando o tipo de conteúdo que seria lido por cada uma das castas. Assim, o acesso às informações também era condicionado pela divisão dos jornais em castas: Rádio Horário, para castas superiores; Gazeta dos Gamas e Espelho dos Deltas (HUXLEY, 1998, p. 64-65).

Na rede, diversos são os recursos para o exercício da liberdade de expressão, postando conteúdos, e da liberdade de informação, buscando algum tópico de interesse, ambas decorrentes da liberdade de pensamento. A princípio, como reforçam Mateucci e Pignatari (2005, p. 32), quando surgiu o ciberespaço a impressão era a de que se tratava de um território sem dono, onde tudo poderia ser feito sem consequências, mas esta posição foi perdendo forças, dando lugar às discussões sobre a necessidade ou não de criação de normas específicas limitadoras. Com efeito, despontou uma segunda corrente, mais coerente e que prevalece no estudo da liberdade na rede hoje em dia, que parte do pressuposto que "toda liberdade, por mais ampla que seja, encontra limites, que servem para garantir o desenvolvimento ordenado da sociedade e dos direitos fundamentais de qualquer sujeito, e este princípio se aplica também ao direito à liberdade de informação" (PAESANI, 2006, p. 24). Não que a *Internet* deva ser exaustivamente regulamentada, o que poderia retirar o seu caráter dinâmico e liberalista, mas nunca se deve perder de vista que a cada liberdade corresponde um dever.

Entre os casos pontuais de limites ao exercício do direito de liberdade podem ser apontados: a defesa do direito ao anonimato, a vedação da censura, a proibição de *flaming* e a garantia da expressão e do acesso à informação.

Como visto neste tópico, talvez tudo parta dos direitos de expressar o pensamento e buscar informações, os quais se encontram assegurados eticamente - pelo Direito, na qualidade de direito fundamental; pela Moral, enquanto instrumento de construção das individualidades. Então, a princípio, é uma diretriz ética permitir que todos manifestem seu pensamento e busquem informações que lhes sejam úteis, salvo em caso de colisão com outras leis éticas que também merecerão respeito.

Quanto ao direito ao anonimato, tem-se que a *Internet* propicia uma impressão de que se é invisível, de que é possível não se identificar, criando identidades paralelas. Trata-se de uma falsa impressão, posto que salvo se utilizadas técnicas específicas de redirecionamento do IP é fácil identificar quem postou ou acessou certo conteúdo. Este direito ao anonimato não é assegurado constitucionalmente, assim como sob o aspecto moral não pode ser admitido esconder a sua própria personalidade para prejudicar outrem.

Muitas pessoas, por razões legais e válidas, gostariam de proteger sua identidade, talvez por serem dissidentes ou visando coibir injustiças. Contudo, é questionável se a tecnologia permite algum anonimato em prol da liberdade de expressão. As novas possibilidades de vigilância têm sido usadas cada vez mais como armas. Aliás, estas tecnologias deixam inúmeros rastros, chegando a ser possível afirmar a morte do anonimato. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 30).

Para Paesani (2006, p. 54), na rede é possível assumir uma identidade livre de condicionamentos, o que evidencia a sua liberdade total e peculiar, sendo que as tentativas de limitar a possibilidade de anonimato violam esta característica fundamental. Neste ponto, o entendimento da autora não deixa claro o que é o anonimato admissível na rede: uma coisa é esconder totalmente a sua identidade por mecanismos de redirecionamento de IP ou então praticar falsidade ideológica contra terceiros de boa-fé, outra coisa é criar uma identidade paralela como um pseudônimo sem impedir que a sua verdadeira identidade possa ser identificada em caso de ilícitos. O primeiro anonimato que é o vedado, por colocar em risco a justiça social e os direitos de terceiros, abrindo espaço para um exercício irrestrito do direito de liberdade. Moralmente, as qualidades da honestidade e da sinceridade impedem que o anonimato seja utilizado para prejudicar a outrem, como um modo de esquiva para a prática de atos contrários à ética.

A respeito da censura prévia, tem-se não cabe impedir a divulgação e o acesso a informações como modo de controle do poder. A censura somente é cabível quando necessária ao interesse público numa ordem democrática, por exemplo, censurar a publicação de um conteúdo de exploração sexual infanto-juvenil é adequado sob o aspecto ético. Contudo, não pode ser aceita a censura política, que seleciona as informações que chegarão ao internauta.

Considera o Pontifício Conselho para as Comunicações Sociais (2007, p. 20): "apoiamos de forma vigorosa a liberdade de expressão e o livre intercâmbio de idéias [sic]. A liberdade de procurar e de conhecer a verdade é um direito humano fundamental, e a liberdade de expressão constitui uma pedra angular da democracia".

Não é todo conteúdo que pode ser censurado, aliás, poucos são os que aceitam a censura sem que se tenha uma violação da ordem democrática. Mesmo um conteúdo de mau-gosto ou deturpado que não viole outras esferas da dignidade inerente ao homem não pode ser censurado. O *flaming* pode tanto refletir mensagens antijurídicas quanto informações que simplesmente sejam desagradáveis - sendo assim imorais por nada contribuírem para o bom desenvolvimento da rede, mas não antijurídicas porque o Direito não pode ser aplicado a todas as situações do cotidiano que causem desconforto. Aliás, é chamado de *flaming*:

[...] o ato de publicar mensagens deliberadamente ofensivas e/ou com a intenção de provocar reações hostis dentro do contexto de uma discussão (normalmente na *Internet*). Tais mensagens são chamadas de *flames* [...] e na maioria dos casos são publicadas em respostas a mensagens de conteúdo considerado provocante e/ou ofensivo para aquele que publicou o *flame*.

Praticantes de *flaming* são chamados de *flamers* ou *trolls*. (WIKIPÉDIA, 2012a)²⁴.

Logo, sob o aspecto moral a produção de *flaming* nunca é aceita, uma atitude considerada correta por ser educada e esportiva; mas sob o aspecto do valor do justo, a mensagem de *flame* somente não é aceita se implicar na violação de alguma esfera inerente à dignidade da pessoa humana, como a privacidade ou a personalidade.

Em resumo, são limites éticos ao exercício da liberdade na rede: a) garantia de divulgação e acesso a informações sempre que isso não exceder os limites das demais leis éticas; b) proibição do anonimato, a não ser no sentido de pseudônimo, sem ofensa à boa-fé de terceiros; c) vedação da censura, salvo nos casos em que esta se mostrar necessária para a garantia da ordem social de uma sociedade democrática; d) impedimento da produção do *flaming*, principalmente se a mensagem ofensiva atingir alguma esfera da dignidade humana.

2.4.2 Limites éticos ao exercício do direito à privacidade na rede

Desde o advento da era da informatização o direito à privacidade adquiriu novas perspectivas, diante da possibilidade de maior invasão do âmbito privado pelos recursos tecnológicos aliada à nova postura social dos internautas. A mudança de enfoque não ilide o caráter de fundamentalidade deste direito, ora assegurado desde o início no âmbito internacional e constitucional, assim como não exclui a questão ética a ele inerente.

Conforme dispõe o artigo XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, "ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques" (ONU, 2012a).

Assim como na Declaração de 1948, na seara do direito constitucional brasileiro os direitos à privacidade e à personalidade aparecem correlacionados²⁵, destacando-se o artigo 5º, X da Constituição Federal, pelo qual "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 2012a). Com efeito, o dispositivo "traça os limites tanto para a liberdade de expressão de pensamento como para o direito à informação,

²⁴ Trata-se de questão pouco abordada fora do ambiente do ciberespaço, motivo pelo qual uma das poucas menções explicando a tendência do *flaming* se encontra na Wikipédia, enciclopédia eletrônica atualizada pelos próprios internautas. Tratando-se de um conceito elaborado pelos próprios interessados, parece abranger suficientemente os limites que o envolvem.

²⁵ Opta-se pela abordagem em tópicos separados porque variam os casos concretos em que se consubstanciam os conflitos de princípios no ciberespaço, ora voltados mais à questão da privacidade e da intimidade, ora abrangendo principalmente a violação da honra e da imagem.

vedando-se o atingimento à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas" (BONAVIDES, 2011, p. 46). Evidenciando a relação entre os direitos à privacidade e à personalidade, aduzem Motta e Barchet (2007, p. 179):

[...] o direito à intimidade representa relevante manifestação dos direitos da personalidade e qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada.

No aspecto ético-jurídico, não pode ser considerada justa uma lei que garanta o exercício ilimitado das liberdades pessoais sem se preocupar com o modo como este irá atingir os demais cidadãos. Ter privacidade é fundamental para a livre formação da personalidade, não podendo ser aceito por um senso de justiça que este direito seja indevidamente limitado. Sob o aspecto moral, é do comportamento da pessoa virtuosa não ser maldosa e se preocupar com o que acontece na vida particular do outro somente quando isto lhe atingir de alguma forma ou quando puder contribuir de forma adequada para a solução de certo problema de um modo não invasivo.

Moraes (2006, p. 47) observa que "a proteção constitucional consagrada no inciso X do art. 5º refere-se tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas, abrangendo, inclusive, à necessária proteção à própria imagem frente aos meios de comunicação em massa". Contudo, esta proteção não é ilimitada, notadamente quando envolvidos artistas em geral e políticos, pessoas que são reconhecidas publicamente pelas funções que desempenham, ocorrendo nestes casos uma ampliação da esfera de tolerância (BONAVIDES, 2011, p. 48).

Discorre Bonavides (2011, p. 47) a respeito da distinção entre vida privada e intimidade, ambos direitos inerentes ao direito à privacidade:

os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

Assim, a união da intimidade e da vida privada forma a privacidade, sendo que a primeira se localiza em esfera mais estrita. É possível ilustrar a vida social como se fosse um grande círculo no qual há um menor, o da vida privada, e dentro deste um ainda mais restrito e impenetrável, o da intimidade. Por exemplo, relações bancárias e relacionamentos profissionais são abrangidos pelo primeiro círculo, menos restrito; ao passo que segredos

pessoais, dúvidas existenciais e orientação sexual são abrangidas pelo segundo. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2006, p. 152).

A questão da proteção à privacidade na rede mundial de computadores é muito delicada e envolve o surgimento de diversos recursos, como *spams*, *cookies*, códigos maliciosos, banco de dados e guarda de registros. A garantia à privacidade somente se tornou de fato uma necessidade premente na era da informatização, porque somente nela foram criados instrumentos de violação intensa e constante.

Em Huxley (1998, p. 41-137), a vigilância do comportamento social faz com que a espontaneidade deixe de existir, por exemplo, quando num diálogo com uma amiga Lenina é alertada sobre sua postura diversa dos demais por estar saindo com apenas 1 homem; quando Bernard revela o receio de se atrasar para o culto do precursor da sociedade, pois ausências evidenciavam a falta de ortodoxia; quando o Diretor do centro alerta sobre a possibilidade de expulsão daqueles que possuem um padrão intelectual diferenciado, sendo necessário se portar conforme a massa; enfim, a própria convivência em centros dava a impressão de uma privacidade mínima a todos. Deste modo, constantemente os cidadãos eram vigiados pelos seus próprios concidadãos para se portarem conforme os padrões sociais, sob pena de serem excluídos do grupo, de modo que ninguém possuía privacidade para viver como quisesse.

Mas em Orwell que a questão da perda da privacidade fica mais evidente, num mundo em que as tecnologias permitiam a constante vigilância dos cidadãos para que eles se portassem conforme o Estado queria. O principal instrumento para a quebra da privacidade era a teletela, constantemente ligada ouvindo e vendo tudo o que cada pessoa fazia: "podiam espionar sua vida noite e dia, mas se você não perdesse a cabeça conseguiria ser mais esperto do que eles. Com toda a sua inteligência, eles jamais haviam dominado o segredo de descobrir o que outro ser humano está pensando" (ORWELL, 2009, p. 199). Ainda assim, somente se era descoberto por pensar de forma diferente se isso ficasse evidente em sua fisionomia ou em seu comportamento social. Era o mínimo de privacidade, pensar como quisesse, desde que isso jamais se evidenciasse de alguma forma. Orwell (2009, p. 242-243) descreve o processo pelo qual a sociedade teria chegado neste estágio:

com o desenvolvimento da televisão e o avanço técnico que possibilitou a recepção e a transmissão simultâneas por intermédio do mesmo aparelho, a vida privada chegou ao fim. [...] A possibilidade de obrigar todos os cidadãos a observar a estrita obediência às determinações do estado e completa uniformidade de opinião sobre todos os assuntos existia pela primeira vez.

Desolado, o protagonista de Orwell (2009, p. 42) "[...] se dava conta de que a tragédia pertencia aos tempos de antigamente, aos tempos em que ainda havia privacidade, amor e amizade, e em que os membros de uma família se amparavam uns aos outros sem precisar saber por quê". Percebe-se a importância de preservação da privacidade até como modo de permitir a livre tomada de decisões e a formação da personalidade.

No âmbito da *Internet*, destaca Peck (2002, p. 36):

a questão da informação assume maior relevância no direito digital devido a seus desdobramentos comerciais e de responsabilidade civil. O acesso à informação constitui o maior valor de uma sociedade democrática, e a massificação da *Internet* como serviço de informação e informatização possibilita um aumento de competitividade global de comunidades antes marginalizadas. Ao mesmo tempo, o direito à não-informação traz um limite ao direito de informar no qual o valor protegido é a privacidade do indivíduo.

Aliás, no entendimento de Paesani (2006, p. 50), o desenvolvimento da informática levou à crise do direito à privacidade, que passou a ser visto sob outro enfoque, com o sentido de que toda pessoa deve dispor com exclusividade sobre suas informações, ainda que disponíveis em bancos de dados. Neste sentido, a violação de privacidade que ocorre, por exemplo, com a distribuição de dados cadastrais não pode se tornar a regra na *Internet* (PAESANI, 2006, p. 55).

Aponta Podestá (2000, p. 160) que "a violação da privacidade no âmbito da *Internet* geralmente ocorre quando informações pessoais do usuário ou a publicidade de sua vida íntima passa a ser do conhecimento de pessoas não autorizadas".

O significado de privacidade mudou e não há um único modo de defini-lo. Não é mais o direito de ser deixado sozinho, porque nem medidas extremas podem desconectar as impressões deixadas pela rede. Não é o direito de guardar as informações privadas para si mesmo, porque a cada dia mais as informações estão disponíveis para as esferas pública e privada. O novo direito de privacidade parece se referir à possibilidade de que as informações pessoais sejam utilizadas indevidamente. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 68-69).

Nota-se que a problemática que cerca o direito à privacidade na *Internet* envolve a dimensão do direito à informação, no sentido da falta de limites nas atitudes quanto aos demais indivíduos e os dados a respeito deles implica numa constante devassa da privacidade pessoal. No entanto, é evidente que o direito à informação é limitado pelo direito à privacidade, conforme Paesani (2006, p. 49) e Peck (2000, p. 175), apesar de se tratar de temática delicada quanto ao delineamento de limites.

Assim, a tecnologia da informação não acaba com a privacidade, mas cria novas oportunidades e riscos, e pessoas, como indivíduos e como sociedades, decidem como viver com estas novas possibilidades (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 36). No que tange aos casos específicos de violação do direito à privacidade, sem entrar na esfera em que este se liga aos direitos da personalidade, destacam-se o envio de *spams*, a venda de bancos de dados, o armazenamento de *cookies*, a remessa de códigos maliciosos e a guarda de registros.

Existem duas espécies de sistemas para envio de *spam*, chamados *opt-in* e *opt-out*, sendo que para o primeiro é preciso autorização prévia do usuário para que o *spam* seja enviado e para o segundo cabe ao usuário enviar mensagem requerendo que o *spam* não seja mais enviado (FURLANETO NETO; SANTOS, 2004, p. 88). O principal problema do *spam* consiste no fato de que hoje os proprietários de bancos de dados podem vender as informações nele contidas (PECK, 2002, p. 78), sendo a venda de banco de dados uma questão tormentosa na problemática do direito eletrônico. Sob o aspecto ético, tanto moral quando jurídico, o sistema envio de *spam* que deve ser implantado é o *opt-in*, o qual, segundo Furlaneto Neto e Santos (2004, p. 89), é o que menos viola a privacidade do usuário. Contudo, as inúmeras vendas de bancos de dados fazem com que o internauta receba *spam* de *sites* que não foram autorizados ao envio.

Silva (2010, p. 24-25), ao destacar o problema da proliferação de dados pessoais na *Internet*, diz que é difícil encontrar saídas eficazes para os impasses universais que se estabelecem no uso do ciberespaço, embora seja indispensável que ocorra esta discussão. Dentro desta temática, surge a questão da venda de bancos de dados sem a autorização daqueles que possuem informações nele registradas.

Segundo Davara Rodríguez (2007, p. 165), "uma base de dados é um depósito comum de documentação, útil para diferentes usuários e distintas aplicações, que permite a recuperação da informação adequada para a resolução de um problema levantado em uma consulta" (tradução nossa)²⁶. Os dados que se encontram em tais bases podem ser de propriedade de um terceiro, isto é, um terceiro pode ter direitos sobre eles. Daí surgem três problemas: se os direitos sobre os dados pertencem a terceiros, estes devem autorizar o uso das informações; se os produtores da base criam um sistema próprio de localização dos dados que comporta estudo do conteúdo, estruturação e organização, têm direitos sobre a criação

²⁶ No original: "una base de datos es un depósito común de documentación, útil para diferentes usuarios y distintas aplicaciones, que permite la recuperación de la 'información' adecuada, para la resolución de un problema planteado en una consulta".

intelectual da própria base; se o titular da base é detentor de seu conteúdo pode impedir que terceiro não autorizado extraia informações. (DAVARA RODRÍGUEZ, 2007, p. 166).

O conteúdo de uma base de dados pode abarcar qualquer informação útil para o usuário, propiciando um sistema de busca e recuperação de dados. Ela pode abranger um banco de vídeos, de textos, de imagens, de áudios, de dados pessoais, de endereços eletrônicos ou mesclar estes conteúdos.

Sob a ótica da proteção dos direitos fundamentais em bases de dados pessoais, mormente em face de práticas abusivas do correio eletrônico e o tráfico de dados por parte das agências de informações comerciais e financeiras, Pérez Luño (1992, p. 242) pontua duas espécies de sistemas: os *arquivos Robinson* e os *arquivos pecera*. Nos *arquivos Robinson*, o cidadão que não quer ver invadida sua privacidade deve pedir para ser incluído numa base de dados própria, ficando a salvo do mercado de arquivos de informação. Em outras palavras, o cidadão precisa postular que seus direitos e garantias fundamentais inerentes à vida privada sejam respeitados, quando, na verdade, isso deveria ser automático. Nos *arquivos pecera*, o cidadão deve se cadastrar para o recebimento de informações, revelando-se, portanto, um sistema menos invasivo dos direitos fundamentais (PÉREZ LUÑO, 1992, p. 242-243).

Quando uma base de dados, por exemplo, que contenha um conjunto de *e-mails*, é vendida sem a permissão daqueles que possuem dados nela registrados, cria-se uma possibilidade de indevida ingerência no direito de privacidade, como pelo envio de *spam* não-autorizado. Com efeito, visando garantir a privacidade do usuário, surge a diretriz ética de não vender bancos de dados a terceiros sem a prévia autorização daqueles que possuem informações pessoais nele registradas, como CPF, situação financeira e *e-mail*.

Também não existe uma preocupação no sentido de alertar o usuário sobre o armazenamento de *cookies*, informando-o da possibilidade de configurar seu computador para que ele não seja efetuado. O *cookie* é um arquivo de texto muito pequeno colocado na unidade de disco rígido por servidores da *Internet*, funcionando como um cartão de identificação do usuário, exclusivamente lido pelo servidor que o forneceu nos casos de retorno a uma de suas páginas (MICROSOFT, 2012a). Em outras palavras, são informações que os sites visitados podem armazenar em seu *browser*, utilizados para guardar a identificação e senha do usuário, manter listas de compras com produtos preferidos, personalizar *sites* em geral e direcionar o acesso do usuário às áreas de seu interesse (BRASIL, 2012c, p. 40). As informações dos *cookies* podem ser utilizadas por alguém mal intencionado que busque explorar as vulnerabilidades do computador (BRASIL, 2012c, p. 40), mas quando isso não é feito o armazenamento dos *cookies* chega a proporcionar algum conforto ao usuário. Assim, havendo

a possibilidade de configurar a máquina para que o registro dos *cookies* não seja feito, que chegue ao conhecimento do internauta, não há que se falar na quebra de nenhuma lei ética.

Em geral,

[...] os vírus, *worms* e *Trojans* são programas mal intencionados que podem danificar o seu computador e as informações existentes no seu computador. Podem igualmente tornar a *Internet* mais lenta e poderão mesmo utilizar o seu computador para se espalhar para os seus amigos, família, colegas e o resto da *Internet*. (MICROSOFT, 2012b).

Nessa linha, os vírus são segmentos de códigos de computadores que se anexam a um programa ou ficheiro e se propagam de um computador ao outro; os *worms* são vírus que se copiam de um computador para o outro, mas não necessitam de hospedagem em um programa ou ficheiro; e os *Trojans*, ou cavalos de troia, são vírus que aparentam ser um programa útil ao computador e que o danificam (MICROSOFT, 2012b). *V.g.*, os cavalos de troia podem instalar programas que possibilitem o controle do invasor sobre o computador, permitindo o acesso a arquivos nele armazenados, inclusive possibilitando a formatação do disco rígido, a captação de áudio e vídeo, a realização de operações como se fosse o proprietário do computador (BRASIL, 2012c, p. 28). Entre estes programas, destacam-se os *backdoors*, que permitem ao atacante que retorne a um computador comprometido sem utilizar os mesmos métodos de invasão e sem ser notado, e os *rootkits*, que também são aptos a assegurar a manutenção do acesso privilegiado do invasor (BRASIL, 2012c, p. 28).

Outra questão que perpassa pelo direito de privacidade é a do armazenamento de registros, a qual se funda de maneira essencial na tutela do direito à segurança, considerado o argumento de que os registros devem ser guardados para possibilitar a punição de atos ilícitos, muitas vezes não se pensando na indevida ingerência na privacidade das pessoas. Devido a este foco, o assunto será abordado mais adiante, no tópico 2.4.6.

Em suma, são atos de indevida ingerência nos limites éticos do exercício do direito à privacidade na *Internet*: a) envio de *spam* sem prévia autorização do usuário; b) vendas de bancos de dados sem a permissão dos que possuem informações nele registradas; c) armazenamento de *cookies* quando da expressa recusa do usuário por configuração do sistema; d) envio de vírus e códigos maliciosos em geral, notadamente quando obtido o acesso indevido aos dados informáticos.

2.4.3 Limites éticos ao exercício dos direitos de personalidade na rede

Se, por um lado, a *Internet* criou um espaço de efetivo desenvolvimento da personalidade humana, por outro lado, a constante devassa da privacidade pessoal gerou uma

maior visibilidade dos aspectos inerentes à personalidade humana, com inúmeras violações dos direitos à honra, à imagem e ao nome, numa defesa irracional de liberdade sem limites.

Nos termos do artigo XXIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos é assegurado a todo ser humano, no exercício da vida em comunidade, o "livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade" (ONU, 2012a).

A proteção constitucional, por sua vez, encontra-se no já mencionado artigo 5º, X da Constituição Federal, segundo o qual "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (BRASIL, 2012a). Reforçando a conexão entre a privacidade e a intimidade, ao abordar a proteção da vida privada - que, em resumo, é a privacidade da vida pessoal no âmbito do domicílio e de círculos de amigos -, Silva (2006, p. 208) entende que "o segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade", mas não caracteriza os direitos de personalidade em si.

Quanto às garantias inerentes aos direitos da personalidade, evidencia-se o artigo 5º, V da Constituição Federal, pelo qual "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" (BRASIL, 2012a). A respeito do segundo dispositivo citado, Bonavides (2011, p. 44) aponta que "a norma pretende a reparação da ordem jurídica lesada, seja por meio de ressarcimento econômico, seja por outros meios, por exemplo, o direito de resposta".

Em relação à Ética, nota-se que a construção da personalidade em todos seus aspectos deve se dar num espaço democrático em que os demais direitos sejam limitados, consolidando o valor do justo. Não obstante, cada qual deve possuir a sua individualidade e tê-la respeitada pelos demais, não sendo moldado por um estereótipo ou um padrão. O próprio caminho para a construção da virtude é trilhado de maneiras diferentes por cada ser humano, não formando pessoas iguais, mas sim com uma ou outra virtude prevalente e com modos variados de colocar estas virtudes em prática.

A proteção dos direitos da personalidade é fundamental para a preservação da dignidade da pessoa humana, conforme assevera Bonavides (2011, p. 47-48):

encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), com o direito à honra, à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X) converter em instrumento de diversão ou entretenimento assuntos de natureza tão íntima quanto falecimentos, padecimentos ou quaisquer desgraças alheias, que não demonstrem nenhuma finalidade pública e caráter jornalístico em sua divulgação. Assim, não existe qualquer dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público (CF, art. 5º, XIV), que acarretem injustificado

dano à dignidade humana autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta.

O caráter abrangente dos direitos da personalidade se evidencia no posicionamento de Canotilho (1998, p. 362), que entende que eles são mais amplos do que aparentam, envolvendo diretamente o direito à participação e o direito à liberdade de expressão. Neste trabalho, opta-se por um conceito restrito de direitos da personalidade, embora não se negue que muitos direitos fundamentais se relacionam diretamente a ele.

Quanto à honra e à imagem das pessoas, explicam Motta e Barchet (2007, p. 180):

o direito à honra distancia-se levemente dos dois anteriores, podendo referir-se ao juízo positivo que a pessoa tem de si (honra subjetiva) e ao juízo positivo que dela fazem os outros (honra objetiva), conferindo-lhe respeitabilidade no meio social. O direito à imagem também possui duas conotações, podendo ser entendido em sentido objetivo, com relação à reprodução gráfica da pessoa, por meio de fotografias, filmagens, desenhos, ou em sentido subjetivo, significando o conjunto de qualidades cultivadas pela pessoa e reconhecidas como suas pelo grupo social.

No mesmo sentido, Silva (2006, p. 209) destaca que tais direitos constituem, ao lado do nome e da identidade pessoal, objetos do direito da personalidade. Destarte, deve a honra ser vista como "o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação", enquanto que a preservação da imagem "consiste na tutela do aspecto físico, como é perceptível visivelmente" (SILVA, 2006, p. 209).

Em suma, direitos da personalidade são situações jurídicas essenciais que tutelam os atributos essenciais do ser humano e o livre desenvolvimento da vida em relação. Com efeito, são oponíveis *erga omnes*, abstratos, genéricos, absolutos (embora limitáveis por outros direitos fundamentais), inatos, universais, essenciais, vitalícios, indisponíveis e permanentes.

A humanidade de cada um está em sua própria personalidade, tomando por personalidade ser alguém, possuir individualidade, conseguir ir contra o pensamento da massa se quiser. Winston e Júlia, protagonistas de *1984*, sabiam disso, tanto que não tinham medo de que a tortura acabasse com o seu sentimento, com a sua ideologia:

ninguém sabia o que se passava dentro do Ministério do Amor, mas era fácil adivinhar: torturas, drogas, instrumentos delicados que registravam suas reações nervosas, desgaste progressivo em decorrência da falta de sono, da solidão, dos interrogatórios incessantes. Os fatos, pelos menos, não podiam ser mantidos ocultos. Era possível desvendá-los por meio de investigações, extraí-los de você com o recurso da tortura. *Mas... e se seu objetivo não fosse permanecer vivo, e sim permanecer humano? Que diferença isso faria no fim? Eles não tinham como alterar seus sentimentos: aliás, nem mesmo você conseguiria alterá-los, mesmo que quisesse. Podiam arrancar de você até o último detalhe de tudo que você já tivesse feito, dito ou pensado; mas*

aquilo que estava no fundo de seu coração, misterioso até para você, isso permaneceria inexpugnável. (grifo nosso) (ORWELL, 2009, p. 200).

A morte da personalidade é uma marca de todos os regimes totalitários, que antes de matarem seus inimigos os transformavam em massa, praticamente em animas. Sem individualidade e sem liberdade de agir, todos se conformavam com a sina da morte e da tortura, ficando invisíveis socialmente. Na verdade, a perda da personalidade se assemelha à perda da dignidade. Neste sentido, explica Orwell (2009, p. 297-298):

mais tarde, no século XX, vieram os totalitários, como eram chamados. Os nazistas alemães e os comunistas russos. A perseguição que os russos faziam às heresias era ainda mais cruel que a da Inquisição. Eles imaginavam que tinham aprendido com os erros do passado; pelo menos sabiam que não podiam produzir mártires. *Antes de expor as vítimas a julgamentos públicos, tratavam de destruir deliberadamente sua dignidade.* Arrasavam-nas por meio de tortura e solidão, até transformá-las em criaturas lamentáveis, amedrontadas e desprezíveis, dispostas a confessar tudo o que lhes pusessem na boca, cobrindo-se a si próprias de injúrias, fazendo acusações e protegendo-se umas atrás das outras, suplicando clemência. E não obstante isso, passados alguns anos acontecia a mesma coisa. Os mortos tornavam-se mártires e sua degradação era esquecida. Me diga, uma vez mais, por que isso acontecia? Em primeiro lugar, porque suas confissões tinham sido evidentemente extorquidas e eram falsas. Não cometemos esse tipo de erro. Todas as confissões proferidas aqui são verdadeiras. Fazemos com que sejam verdadeiras. E, sobretudo, não permitimos que os mortos se levantem contra nós. (grifo nosso).

Huxley (1998, p. 212) sabia que a personalidade era formada pela nota da diferenciação social, pelo fato de pensar diferente dos demais, de fugir do padrão social; por isso, o castigo de ser expulso da sociedade comum podia ser considerado uma recompensa, qual seja a de conhecer outras pessoas que também seriam alguém, isto é, que também teriam a personalidade formada:

[...] se tivesse a mínima parcela de bom senso, compreenderia que esse castigo é na realidade uma recompensa. Vai ser mandado para uma ilha, isto é, para um lugar onde conhecerá o mais interessante conjunto de homens e mulheres existentes em qualquer parte do mundo. Todas as pessoas que, por esta ou aquela razão, adquiriram demasiada consciência de sua individualidade para poderem adaptar-se à vida comunitária; todas as pessoas a quem a ortodoxia não satisfaz, que têm idéias [sic] próprias e independentes; todos aqueles, numa palavra, que são alguém.

Com relação à problemática da rede mundial de computadores, destaca-se o surgimento de recursos que permitem a intensa violação de todos os direitos da personalidade, como a facilidade para a criação de páginas ofensivas e falsas e para a divulgação de informações inerentes à intimidade da pessoa. Não obstante, percebe-se que a perda de privacidade gerando riscos à personalidade é, acima de tudo, uma tendência comportamental.

Não há mais controle das informações pessoais por causa de coisas que as pessoas fazem a si mesmas e umas as outras, por causa de coisas que estão além do limite da privacidade mas que todos fazem por ser preciso economizar tempo e dinheiro, além de ser conveniente para o estabelecimento de contatos e divertido estar exposto. Na verdade, está cada vez mais difícil viver sem se expor e isso coloca os direitos à personalidade em um risco constante. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 36).

Paesani (2006, p. 49) destaca a relevância do direito à privacidade, ora fundamento da proteção da personalidade, considerado o atual contexto tecnológico:

o direito à privacidade ou direito ao resguardo tem como fundamento a defesa da personalidade humana contra injunções ou intromissões alheias. Esse direito vem assumindo, aos poucos, maior relevo, com a expansão das novas técnicas de comunicação, que colocam o homem numa exposição permanente.

De acordo com Pinheiro (2009, p. 08), os *sites* de relacionamento são fontes ricas para discussões, considerando a reunião de perfis de usuários com interesses comuns, e constituem um meio para prática de crimes contra a personalidade pelos usuários, que podem se aproveitar de informações divulgadas na rede.

Na prática, são casos comuns de violação aos direitos de personalidade a criação de páginas e a publicação de comentários que ofendam a imagem, a honra e o nome de pessoas. A questão central nesta problemática é a facilidade para que todos os internautas criem páginas e publiquem comentários, logo, trata-se de uma infração às leis éticas mais comum que aquelas que exigem aptidão técnica, como o envio proposital de códigos maliciosos.

Quanto à violação da honra, percebe-se um aumento considerável da prática dos chamados crimes contra a honra, sob a crença do usuário na impunidade dos atos ilícitos cometidos no uso da grande rede. Segundo Pinheiro (2009, p. 09), os crimes contra a honra são os casos mais comuns entre os usuários de qualquer idade e muitas vezes o infrator age com negligência ou ingenuidade, pois acredita que não está prejudicando alguém, mas apenas manifestando sua opinião ao falar mal de professores, colegas, artistas e políticos.

Nos termos do Código Penal brasileiro, são três os crimes contra a honra. Há calúnia quando imputado a alguém um fato definido como crime (artigo 138); difamação se imputado fato determinado ofensivo à reputação (artigo 139); e injúria (artigo 140) se é ofendida de qualquer forma a dignidade ou decoro, que não nos casos anteriores (BRASIL, 2012d). Sob o aspecto moral, os dispositivos trazem a atitude esperada de uma pessoa com relação ao próximo, não promovendo fofocas ou agindo com maldade, prejudicando-o sem ao menos ter efetivo conhecimento de sua acusação ser verdadeira ou não.

Verifica-se, na prática, que não somente os adultos praticam condutas dessa natureza por meio da *Internet*, tendo se tornado usual a prática do *cyberbullyng*. Nas ações assim caracterizadas, os agressores, geralmente populares nas escolas, fazem uso da grande rede para agredir física ou moralmente colegas de escola (MARQUES, 2010, p. 26).

É bastante comum que as violações à honra venham acompanhadas de violações à imagem, como quando a mensagem ofensiva é publicada juntamente com uma foto da pessoa ofendida (muitas vezes uma montagem) ou no caso da material exploratório infanto-juvenil na *Internet* (ofensa simultânea à imagem da criança e à sua honra). Aliás, devido à frequência com que ocorre, a questão da pedofilia na rede, que se refere à violência ou à exploração sexual cometida contra criança ou adolescente, tem gerado diversas pesquisas nos últimos anos, bem como alterações legislativas (FORTES, 2010, p. 28).

Contudo, não necessariamente esta ligação existe, posto que o direito à imagem pode ser autônomo, por exemplo, quando a honra não é atingida mas a imagem é utilizada de modo não autorizado, de forma diversa da pretendida. Afinal, uma imagem nela divulgada na rede pode parar em mãos erradas (PINHEIRO, 2009, p. 25).

Fato é que na *Internet* se torna muito mais fácil assumir outra identidade e, com isso, ofender qualquer dos atributos da personalidade de outrem. Notam Meazzini e Montenegro (2010, p. 38):

realizar uma cirurgia plástica para ficar muito parecido com outra pessoa ainda é uma empreitada difícil, mas falsificar a identidade digital é simples: basta roubar, na rede, nome, senha, foto, contatos e se passar por outra pessoa diante dos seus amigos virtuais. O *Facebook* está minado de falsos indivíduos.

Há, ainda, que se falar numa ofensa coletiva aos atributos da personalidade, quando a ofensa não é individualizada, mas se refere a determinado grupo de minoria étnica, racial, sexual ou cultural. Nestes casos, a ofensa é ainda mais preocupante, atingindo atributos inerentes à dignidade da pessoa humana ao violar a máxima da igualdade. Mesmo sob o aspecto moral, discriminar alguém por aspectos que nada dizem a respeito de seu caráter não pode ser aceito. Aponta Paesani (2006, p. 39):

endereços que fazem campanha contra nordestinos, negros e judeus estão aumentando. A ação de racistas por meio da *Internet* preocupa organizações envolvidas com a defesa dos direitos humanos. Acredita-se que a rede está facilitando a divulgação do racismo e os sites que fazem essas campanhas estão aumentando. *Skinheads*, nazistas, nacionalistas, entre outros, divulgam livremente na rede suas ideologias e estimulam a discriminação contra negros, judeus e homossexuais.

Na verdade, deve ser considerada ilegítima toda conduta ofensiva a um indivíduo ou a um grupo social, pois as regras de bom convívio devem ser respeitadas também na *Internet*. No Estado Democrático de Direito, o preconceito gratuito não pode ser incentivado e todas as pessoas devem tomar consciência disso para a construção de uma sociedade justa e fraterna. Destaca o Pontifício Conselho para as Comunicações Sociais (2007, p. 16):

a *Internet* pode unir as pessoas, mas também as pode dividir, tanto no âmbito individual como em grupos mutuamente suspeitos, separados por ideologias, políticas, posses raças, etnias, diferenças de geração e até mesmo religião. Ela já tem sido utilizada de maneiras agressivas, quase como se fosse uma arma de guerra [...].

Em resumo, são limitações à ingerência nos direitos da personalidade: a) criação de páginas ou postagens de comentários ofensivos à honra, cumulados ou não com ofensa à imagem; b) divulgação de imagens de forma não autorizada ou diversa das finalidades pretendidas; c) apropriação de identidade alheia, para praticar ou não ofensa à honra; d) postagem de conteúdos ofensivos a qualquer minoria étnica, racial, sexual ou cultural.

2.4.4 Limites éticos ao exercício do direito à propriedade de bens e valores na rede

Garantir a cada um o que é seu é uma marca do conceito de justiça em sua dimensão distributiva, bem como consiste em uma das finalidades do Direito, apesar do conceito de direito de propriedade ter adquirido novos rumos com a exigência de sua função social. Hoje, ter bens é um direito de todo aquele que trabalha lícitamente, cabendo a intervenção estatal para reparar a situação em que ele é violado.

Infelizmente, muitos são os casos de fraudes na rede mundial de computadores, envolvendo a invasão de sistemas de *net banking* para retirada de valores, a prática de estelionatos diversos e, principalmente, a falta de boa-fé nas relações de consumo.

A garantia do direito de propriedade de bens e valores se encontra disciplinada também no âmbito internacional, na qualidade de direito humano naturalmente inerente à pessoa, conforme o artigo XVII da Declaração Universal de Direitos Humanos: "1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade" (ONU, 2012a).

Ainda, a Constituição Federal assegura o direito à propriedade no caput do artigo 5º, complementando nos incisos deste: "XXII - é garantido o direito de propriedade; [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" (BRASIL, 2012a).

Sob o aspecto ético-jurídico, toma-se o conceito de justiça distributiva, pelo qual é garantido que cada um tenha o que é seu, de forma que as distribuições são feitas conforme o mérito de cada um. Quanto ao aspecto moral, cabe a cada um não ter inveja e lutar para conquistar as coisas por seu mérito, não retirando o que pertence ao outro; assim como cabe àquele que possui bens ser magnânimo e solidário, abrindo mão por vezes do que tem por uma causa maior que é o interesse social.

"Toda pessoa [...] tem direito à propriedade, podendo o ordenamento jurídico estabelecer suas modalidades de aquisição, perda, uso e limites. O direito de propriedade, constitucionalmente assegurado, garante que dela ninguém poderá ser privado arbitrariamente [...]" (MORAES, 1997, p. 172).

A propriedade, segundo Silva (2006, p. 270-271),

[...] não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição do direito privado. [...] embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele princípio.

Com efeito, a proteção da propriedade privada está limitada ao atendimento de sua função social, sendo este o requisito que a correlaciona com a proteção da dignidade da pessoa humana. A propriedade de bens e valores em geral é um direito assegurado na Constituição Federal e, como todos os outros, se encontra limitado pelos demais princípios conforme melhor se atenda à dignidade do ser humano. Embora seja um direito relativo, cabe ao Estado assegurar a cada pessoa o que é seu, dentro dos limites da função social. Assim, quem licitamente adquire certo bem ou recebe determinado valor tem o direito de propriedade sobre estes, sendo punível qualquer violação desta esfera.

Por sua vez, a má-fé nas relações de consumo ocasiona uma indevida perda patrimonial ou ao menos um inadequado desconforto ao consumidor - daí a proteção das relações de consumo se relacionar à tutela da propriedade de bens materiais.

Explica Moraes (1997, p. 190):

a inexistência de instrumentos eficazes de proteção ao consumidor para fazer valer seus direitos mais básicos, como, por exemplo, a saúde, o transporte, a alimentação, fez sua defesa ser erigida como um direito individual, de modo a determinar-se a edição de norma originária regulamentando não só as relações de consumo, mas também os mecanismos de proteção e efetividade dos direitos do consumidor.

O consumidor é visto como parte hipossuficiente na relação de consumo devido ao poderio técnico e econômico das empresas, o que torna a luta pela consecução de seus direitos algo desigual. Com um diploma específico de proteção que é o Código de Defesa do Consumidor foi possível trazer alguma equiparação a estes vínculos jurídicos estabelecidos na compra e venda de bens e serviços. Sendo um diploma aberto, o Código já traz as diretivas aplicadas às relações de consumo no ciberespaço, sendo que o problema maior se encontra na necessidade de que as práticas de consumo na rede sejam mais conscientes.

A propriedade de bens de consumo e de uso pessoal é, essencialmente, vocacionada à apropriação privada, porquanto são imprescindíveis à própria existência digna das pessoas, e não constituem nunca instrumentos de opressão, pois satisfazem necessidades diretamente [...]. A função social desses bens consiste precisamente na sua aplicação imediata e direta na satisfação das necessidades humanas primárias, o que vale dizer que se destinam à manutenção da vida humana. (SILVA, 2006, p. 812-813).

Certas vezes, o dinheiro é bom instrumento de preservação da dignidade das pessoas, sendo difícil acreditar na democracia de uma sociedade que não se preocupa em garantir que cada um mantenha o que é seu dentro dos limites da lei. Neste sentido, Orwell (2009, p. 224) critica o mundo desolado que se formou com a ditadura do Partido, sem qualquer fartura ou aquisição de bens de consumo com qualidade:

o mundo atual é um lugar desolado, destruído, faminto se comparado ao mundo que existia antes de 1914, e ainda mais se comparado ao futuro imaginário para o qual as pessoas daquela época pensavam que estavam caminhando. No início do século XX, a visão de uma sociedade futura incredivelmente rica, ociosa, organizada e eficiente - um mundo antisséptico, cintilante, de vidro e aço e concreto branquíssimo - fazia parte da consciência de praticamente toda pessoa culta. A ciência e a tecnologia desenvolviam-se a uma velocidade estonteante, e parecia natural acreditar que continuariam se desenvolvendo.

Não se trata de defender, no presente trabalho, uma ou outra forma de economia, capitalista ou socialista, embora a observação do resultado dos regimes socialistas no mundo, em geral, seja negativa. Por sua vez, Orwell (2009, p. 243) enxergava a abolição da propriedade privada com mais um modo de eliminação da dignidade humana e de garantia da manutenção do poder pelo Partido:

a assim chamada "abolição da propriedade privada", ocorrida nos anos intermediários do século, na verdade significara concentração da propriedade num número muito menor de mãos: mas com a diferença de que os novos proprietários eram um grupo, e não uma massa de indivíduos. Nenhum membro do Partido possui nada individualmente, com exceção de bens pessoais insignificantes. Coletivamente, o Partido possui tudo o que há na Oceania, pois controla todas as coisas e dispõe dos produtos como bem entende.

Mesmo em Huxley (1998, p. 25) o condicionamento abrangia um incentivo à prática de atividades em campo que exigissem o consumo de equipamentos onerosos, movimentando a indústria. O exercício da atividade de consumo, adquirindo bens, é importante para a vida social, mas não pode acarretar numa inconsciência geral, com compras ilimitadas como se fossem o caminho da felicidade. No mundo novo, *ter* significava *ser feliz*, de modo que cada pequena coisa era valorizada mais que a própria pessoa.

No uso da *Internet*, muitos são os que enxergam o espaço de liberdade e autonomia para obter vantagens patrimoniais indevidas, seja violando sistemas de segurança para retirar ou fazer com que sejam entregues bens e valores, seja oferecendo produtos e serviços que não serão prestados ou o serão sem qualidade alguma.

Infelizmente, muitos são os recursos que permitem a violação de sistemas de segurança, o que facilita a prática de fraudes financeiras pela rede mundial de computadores. Não obstante, uma das marcas das relações de consumo na rede mundial de computadores é a da despersonalização total dos entes da relação (MARÇAL; CURY, 2012, p. 137), sendo que muitas pessoas físicas ou jurídicas que oferecem produtos pela rede se aproveitam desta situação para dificultar a relação de consumo, deixando de entregar produtos e colocando barreiras para trocas, esperando que o consumidor deixe de buscar ajuda no Judiciário. Na verdade, este é o motivo de muitos consumidores terem a impressão de que comprar pela *Internet* é um risco, o qual deve ser assumido caso o alienante não cumpra a obrigação. Cabe buscar uma postura mais firme do Judiciário e dos órgãos de defesa do consumidor para coibir as práticas abusivas da rede, considerando que o caráter aberto do Código de Defesa do Consumidor faz com que ele seja um diploma suficiente para a disciplina das relações comerciais eletrônicas - a questão é garantir o que a lei prevê na prática, de forma que se torne desvantajoso praticar relações comerciais avessas ao Direito pela *Web*.

Assim, são duas as categorias de violações contra o direito de propriedade de bens e valores que geralmente são praticadas pela rede mundial de computadores: a primeira refere-se à quebra de sistemas de segurança de Bancos e às fraudes financeiras em geral, a segunda relaciona-se à prática de má-fé nas relações de consumo.

Nas fraudes financeiras, geralmente são utilizados códigos maliciosos para tornar o sistema vulnerável, capacitando o *cracker* para o acesso de dados restritos, como dados bancários em geral. O principal código malicioso utilizado para estes fins é o vírus do cavalo de troia, no qual pode estar contidos *spywares* e *keyloggers*. Há também a apropriação de dados pessoais por *sites* e *e-mails* fraudulentos, prática intitulada *phishing*. Vale estudar um pouco de cada um destes mecanismos.

Por definição, o cavalo de troia distingue-se de um vírus ou de um *worm* por não infectar outros arquivos, nem propagar cópias de si mesmo automaticamente (BRASIL, 2012c, p. 31). Os *trojans* são vírus que deixam o computador mais vulnerável ao acesso de terceiros, possibilitando que o invasor consiga identificar contas e senhas no computador invadido (MASIERO, 2004, p. 122). Assim, além de servirem para destruir dados eletrônicos alheios, podem deixar o sistema vulnerável sob o aspecto de proteção de dados. Esse código malicioso poderá instalar programas que possibilitem o controle do invasor sobre o computador, permitindo o acesso a arquivos nele armazenados, inclusive senhas bancárias (BRASIL, 2012c, p. 31).

Um dos programas que pode estar contido no cavalo de troia é o *spyware*, *software* geralmente utilizado de maneira maliciosa que visa monitorar atividades do sistema e enviar informações para terceiros referentes a diversos aspectos, entre os quais acesso a contas e senhas bancárias (BRASIL, 2012c, p. 27). Já os *keyloggers*, que geralmente fazem parte de um programa de *spyware*, permitem o armazenamento e a captura de teclas digitadas pelo usuário no computador como textos de e-mails, dados de imposto de renda e informações sensíveis, como senhas bancárias e números de cartões de crédito (BRASIL, 2012c, p. 27).

Não obstante, é possível a subtração de informações e dados pessoais, como números de cartões de créditos, senhas e dados de contas, por meio de sites e e-mails fraudulentos, o que é chamado de *phishing* (MICROSOFT, 2012c). Ao contrário dos exemplos anteriores, o *phishing* não se instala no computador, ou seja, não constitui um *software*, sendo enviado aos usuários com mensagens visando enganá-los para fornecerem determinados dados. Por exemplo, é comum o envio de falsos avisos bancários alegando que o usuário está com o cadastro desatualizado e, caso o usuário responda o *e-mail*, possibilitará o acesso indevido de seus dados bancários.

Quanto às fraudes de sistemas bancários, por causa da relação que se estabelece entre o cliente e a instituição financeira, é comum a condenação de bancos a restituir o consumidor em quantia indevidamente retirada por acesso não-autorizado à conta bancária. Nesse sentido: "RESPONSABILIDADE CIVIL - Contrato bancário - Transferência de valor de conta bancária, via *Internet*, não autorizada pelo correntista - Legitimidade passiva da instituição financeira, em ação que visa o ressarcimento deste prejuízo [...]" (SÃO PAULO, 2010).

Há, ainda, a questão da má-fé nas relações de consumo, colocando-se à venda determinado produto ou serviço pela rede, sendo que a obrigação não é cumprida ou o é de forma deficiente dificultando-se a troca e a devolução de valores. Devido a isso,

[...] muitos consumidores têm medo de comprar por esse meio, especialmente de colocar seu número de cartão de crédito na rede mundial. Em consequência [sic] desse justificado receio, o maior desafio dos fornecedores de produtos e serviços é justamente conquistar e reter o consumidor e estabelecer com ele, de fato, um relacionamento, uma parceria, e investir numa política de confiança. (PAESANI, 2006, p. 33).

Quando o produto é entregue e o consumidor não se sente satisfeito, pedindo a devolução do dinheiro ou a sua troca, são comuns as negativas das empresas que atuam na *Internet*, aproveitando-se da maior impessoalidade das relações nela estabelecidas. Contudo, "[...] nas contratações realizadas no âmbito da *Internet* (comércio eletrônico), deve ser assegurada ao consumidor a possibilidade do exercício do direito de arrependimento previsto no art. 49 do CDC" (MARÇAL; CURY, 2012, p. 138). A pretensão é de que práticas como estas pela rede mundial de computadores sejam cada vez mais coibidas pela sociedade e pelo Direito, tornando-se efetiva a adaptação à era da informatização nas relações comerciais, conforme entendem Marçal e Cury (2012, p. 137):

a crescente evolução dessa modalidade de comércio traz também uma consequência direta: o aumento do número de reclamações de consumidores em relação às transações comerciais realizadas no âmbito do comércio eletrônico. Isso não significa dizer que o CDC não estaria apto a tutelas e proteger os consumidores de eventuais práticas ilegais ou abusivas cometidas por fornecedores. Pelo contrário. As situações de abusos e ilegalidades cometidas por fornecedores no âmbito do comércio eletrônico têm sido prontamente combatidas pelo Ministério Público e órgãos de defesa do consumidor com base nas normas vigentes do CDC.

Tanto sob o aspecto Moral quanto sob o aspecto jurídico, estas práticas de indevida obtenção de bens e valores por códigos maliciosos ou pelo ludibriar daqueles que utilizam a *Internet* principalmente nas relações de consumo são coibidas, considerado o dever ético de respeito ao que pertence ao outro, portando-se com honestidade e solidariedade. Por isso, em suma, são limites éticos delineados no exercício da propriedade de bens e valores na rede: a) vedação do envio de códigos e mensagens maliciosas para obtenção de dados restritos e a consequente prática de fraudes financeiras; b) atuação no comércio eletrônico com boa-fé e solicitude, permitindo que o consumidor exerça todos os seus direitos e que cada um receba exatamente o bem ou serviço pelo qual pagou.

2.4.5 Limites éticos ao exercício do direito à propriedade intelectual na rede

Os direitos de propriedade intelectual foram os mais atingidos pelo advento da era da informatização, tanto sob o aspecto moral quanto sob o patrimonial, posto que na *Internet* se tornou fácil apagar e alterar a autoria de certo conteúdo bem como reproduzi-lo. Na verdade,

cada um se tornou um copiado em potencial, sendo possível reproduzir conteúdos com idêntica qualidade no âmbito doméstico. Isso sem falar em questões como o direito ao *remix*, pelo qual uma pessoa pode autorizar o conteúdo conferindo-lhe seu olhar, sem que se caracterize qualquer violação a direito. Também há os compartilhamentos pelos quais se conectam computadores de todo o mundo dividindo conteúdos, sem que este esteja hospedado numa página da *Web*, sendo questionável se há violações nestes casos. A questão esbarra nos eventuais limites à liberdade de informação conferidos pelos direitos de propriedade intelectual, os quais parecem ter mudado de enfoque nos últimos anos.

Em termos de proteção internacional, o artigo XXVII da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê:

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.
2. todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor (ONU, 2012a).

No direito constitucional brasileiro, quanto ao direito autoral, estabelece a Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXVII: "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar" (BRASIL, 2012a).

No âmbito infraconstitucional brasileiro, a Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, regulamenta os direitos autorais, isto é, "os direitos de autor e os que lhes são conexos" (BRASIL, 2012e).

O artigo 7º do referido diploma considera como obras intelectuais que merecem a proteção do direito do autor os textos de obras de natureza literária, artística ou científica; as conferências, sermões e obras semelhantes; as obras cinematográficas e televisivas; as composições musicais; fotografias; ilustrações; programas de computador; coletâneas e enciclopédias; entre outras. (BRASIL, 2012e).

Os direitos morais do autor, que são imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis, envolvem, basicamente, o direito de reivindicar a autoria da obra, ter seu nome divulgado na utilização desta, assegurar a integridade desta ou modificá-la e retirá-la de circulação se esta passar a afrontar sua honra ou imagem (BRASIL, 2012e).

Já os direitos patrimoniais do autor, nos termos dos artigos 41 a 44 da Lei n. 9.610/98, prescrevem em 70 anos contados do primeiro ano seguinte à sua morte ou do falecimento do último coautor, ou contados do primeiro ano seguinte à divulgação da obra se esta for de natureza audiovisual ou fotográfica. Estes, por sua vez, abrangem, basicamente, o

direito de dispor sobre a reprodução, edição, adaptação, tradução, utilização, inclusão em bases de dados ou qualquer outra modalidade de utilização; sendo que estas modalidades de utilização podem se dar a título oneroso ou gratuito (BRASIL, 2012e).

Os direitos autorais, também conhecidos como *copyright* (direito de cópia), são considerados bens móveis, podendo ser alienados, doados, cedidos ou locados. Ressalte-se que a permissão a terceiros de utilização de criações artísticas é direito do autor. [...] A proteção constitucional abrange o plágio e a contrafação. Enquanto que o primeiro caracteriza-se pela difusão de obra criada ou produzida por terceiros, como se fosse própria, a segunda configura a reprodução de obra alheia sem a necessária permissão do autor. (MORAES, 1997, p. 180-181).

No aspecto ético, quanto ao direito moral do autor cabe ao internauta sempre respeitar a legítima autoria de certo conteúdo, não a omitindo ou alterando, sendo este o dever de respeito à regra ética de atribuir a devida consideração pelo trabalho do outro; em relação ao direito patrimonial, o usuário da *Internet* deve respeitar os conteúdos bloqueados pelo legítimo titular do direito do autor, mas deve receber em contrapartida o acesso a uma vasta gama de conteúdos da mesma natureza, ainda que sem a possibilidade de *download*, tratando-se de obediência à regra ética de valorizar o trabalho do outro sem que este outro se preocupe com mesquinhas em prejuízo do interesse da coletividade.

Desta forma, é possível constatar que o direito autoral possui um caráter dualista: pode ser moral e patrimonial. O primeiro nunca prescreve, porque o autor de uma obra nunca deixará de ser considerado como tal. Já o segundo prescreve, perdendo o autor o direito de explorar benefícios econômicos de sua obra. (PAESANI, 2006, p. 63).

Historicamente, o problema da proteção do direito autoral surgiu com a impressão gráfica, inventada por Gutenberg, embora no início os privilégios econômicos fossem concedidos aos editores e não aos autores. Por sua vez, na Inglaterra começou a ser exigido o licenciamento e o registro para a impressão de livros em 1662, passando a ser reconhecido o *copyright* em 1709. Com a Revolução Francesa ganhou ainda mais força a proteção do direito autoral (GANDELMAN, 2007, p. 26-27).

Entretanto, a revolução digital pôs o poder de documentar ideias nas mãos de pessoas comuns. Assim, foram eliminados muitos intermediários necessários para a produção de livros. A produção de informação foi democratizada, nem sempre com resultados positivos. A outra face da moeda refere-se ao acesso à informação, inclusive a documentos, que antes era restrito - hoje, basta saber encontrá-la. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 108).

Na *Internet*, as violações se encontram nas duas facetas dos direitos de propriedade intelectual, ao aspecto moral quando é alterada ou retirada a autoria de certo conteúdo, ao

aspecto patrimonial quando este é reproduzido sem autorização do autor e o devido repasse do custo de seus direitos. O argumento, por sua vez, é o da liberdade de informação, permitindo que todos tenham acesso aos conteúdos da rede independentemente de pagamento, consolidando os direitos à informação e à cultura.

Os conflitos que se dão entre a liberdade e a propriedade intelectual se evidenciam, principalmente, sob o aspecto da liberdade de expressão, na esfera específica da liberdade de comunicação ou informação, que, nos dizeres de Silva (2006, p. 245), "compreende a liberdade de informar e a liberdade de ser informado".

Quando a música era distribuída em fitas cassetes, os adolescentes não estavam aptos a fazer cópias, porque elas não eram tão boas quanto os originais, sendo que cópias de cópias perdiam ainda mais em qualidade. O grande abalo nas indústrias de filmes e músicas consiste na possibilidade criada pela rede de que sejam feitas cópias idênticas aos originais. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 07).

Sob o enfoque do direito à liberdade, seria livre a divulgação de toda e qualquer informação e o acesso aos dados disponíveis no ciberespaço, independentemente da fonte ou da autoria. Do mesmo modo, por ser assegurado o direito de acesso à cultura, não seria possível falar em limitação ao acesso e *download* de dados da *Internet*.

As novas tecnologias ligam o âmbito privado do autor ao âmbito privado da pessoa que está usufruindo a obra, ou seja, a esfera pública, na qual normalmente o direito autoral é protegido explicitamente, é eliminada. Este novo formato de relação implica em mutações na questão do direito autoral. (GANDELMAN, 2007, p. 136). Peck (2002, p. 56) aponta que este aspecto resulta na inadequação das normas centradas na distribuição por cópias, já que a *Internet* permite que a obra seja armazenada sem que exista um exemplar material.

Há quem entenda que na *Internet* subsistem os mesmos direitos autorais do que no plano concreto. A adoção deste posicionamento, segundo Gandelman (2007, p. 59), não significa impedir a liberdade no ciberespaço:

a reprografia - não autorizada por quem de direito - de textos, sons e imagens deve obter o repúdio da lei. O que se deseja não é minimizar a utilização da ferramenta tecnológica, diminuir as extensões da informação humana ou enclausurar a cultura para torná-la privilégio de elites. Apenas regulamentar a reprografia, protegendo, assim, os direitos autorais daqueles que criam e de alguma forma comunicam conhecimento e emoções.

Gandelman (2007, p. 148) destaca que as tecnologias analógicas (videocassete, discos, por exemplo) foram substituídas pelas tecnologias digitais, que permitiram a maior facilidade na produção de cópias ilegais, causando grande prejuízo econômico. No

entendimento de Peck (2002, p. 57), a velocidade da *Internet*, associada a fatores como a fácil acessibilidade e a ausência de territorialidade, permitem um maior desrespeito aos direitos do criador e desafiam os métodos atuais de proteção da propriedade intelectual. Esta é a maior implicação prática do uso da tecnologia nos direitos autorais e também a principal fonte de conflitos entre a liberdade e a propriedade intelectual.

Os principais fatores do atual formato da *Internet* e das tecnologias em geral, capazes de implicar em violações dos direitos autorais, que podem ser apontadas são:

a) a extrema facilidade de se produzirem e distribuírem cópias não autorizadas de textos, música, imagens; b) a execução pública de obras protegidas, sem prévia autorização dos titulares; c) a manipulação não autorizada de obras originais digitalizadas, criando-se verdadeiras obras derivadas; d) apropriação indevida de textos e imagens oferecidos por serviços *on-line* para distribuição de material informativo para clientes. (GANDELMAN, 2007, p. 185).

Paesani (2006, p. 66-67) aduz que na *Internet*: a) não é relevante saber quem faz o intermédio do envio da informação ao público; b) a obra é depositada e oferecida a pessoas indeterminadas; c) não existe um exemplar material; d) o conceito de obra pode ser discutido; e) a falta de materialização reduz os limites entre a reprodução, a difusão e a circulação; e) a influência da territorialidade dificulta a aplicação dos direitos patrimoniais do autor.

Destarte, sobre tal conflito, explica Paesani (2006, p. 67):

é opinião corrente que na *Internet* tudo é permitido sem necessidade de assumir nenhuma responsabilidade. Aplicando esse conceito ao direito patrimonial do autor e traduzindo em termos financeiros – ou responsabilidade pelo ressarcimento –, conclui-se que qualquer pessoa pode publicar uma obra na *Internet*, seja ela musical, literária ou artística, sem necessidade de autorização e sem obrigação de ressarcimento ao autor. [...] Entretanto, o conceito apresentado afronta os princípios do direito, e é possível afirmar, pelo menos genericamente, que os direitos de autor se aplicam também à *Internet*.

Nesta linha, Peck (2002, p. 57) aponta que "é importante destacar que o acesso a dados lançados na rede não os torna de domínio público, não outorgando ao usuário o direito de dispor deles da forma que lhe aprouver". Por sua vez, nas palavras de Gandelman (2007, p. 180), "os direitos autorais continuam a ter sua vigência no mundo *on-line* da mesma maneira que no mundo físico. A transformação das obras intelectuais para *bits* em nada altera os direitos das obras originalmente fixadas em suportes físicos". De forma genérica, de fato a proteção dos direitos de propriedade intelectual não pode ser excluída, mas defender que ela deve ser exatamente a mesma do plano físico é complicado se consideradas as peculiaridades da *Internet*, notadamente a ampliação do exercício das liberdades individuais.

Expressar o próprio pensamento é marca de sua identidade e não ser reconhecido por isso é injusto. Não obstante, a ausência de reconhecimento pode gerar uma perda de incentivo à atividade intelectual, seja artística ou científica. Daí o direito de propriedade intelectual ser importante para o desenvolvimento social. Uma das personagens de Huxley (1998, p. 68), Helmholtz, entra em conflito sobre sua profissão, que era a de criar frases e canções de condicionamento, questionando-se se não poderia fazer algo melhor:

não é bem isso. estou pensando numa sensação estranha que experimento às vezes, a sensação de ter alguma coisa de importante a dizer e poder exprimi-la... Só que eu não sei o que é, e não posso utilizar esse poder. Se houvesse algum outro modo de escrever... Ou, então, outros assuntos a tratar.

Fato é que o desenvolvimento das atividades de propriedade intelectual impulsionam o desenvolvimento social. Sabendo disso, no *Admirável Mundo Novo* eram censuradas pela autoridade suprema do polo social as obras que comprometessem a estrutura da sociedade. Sobre a obra *Uma Nova Teoria Biológica*, Mustafá Mond sugere o envio do autor a uma estação distante e a censura, argumentando:

era o tipo de idéia [sic] que poderia facilmente descondicionar os espíritos menos estáveis das castas superiores - que poderia fazê-los perder a fé na felicidade como Soberano Bem, e levá-los a crer, ao invés disso, que o objetivo estava em alguma parte além e fora da esfera humana presente; que a finalidade da vida não era a manutenção do bem-estar, e sim uma certa intensificação, um certo refinamento da consciência, uma ampliação do saber (HUXLEY, 1998, p. 164).

Possuir seu próprio pensamento, aliás, é marca para o desenvolvimento dos direitos fundamentais em geral, como liberdade, privacidade e personalidade. Em Orwell (2009, p. 39), não havia propriedade intelectual porque ninguém estava autorizado a exteriorizar o pensamento contrário ao Partido: "dormindo ou acordada, trabalhando ou comendo, dentro ou fora de casa, no banho ou na cama - não havia saída. Com exceção dos poucos centímetros que cada um possuía dentro do crânio, ninguém tinha nada seu".

Arte, literatura e ciência são modos de estruturação de uma sociedade democrática, permitindo que o pensamento seja expressado independentemente de censura. Uma sociedade baseada na justiça permite o exercício do direito de propriedade intelectual, enquanto que uma sociedade baseada no ódio não:

as velhas civilizações diziam basear-se no amor ou na justiça. A nossa baseia-se no ódio. No nosso mundo as únicas emoções serão o medo, a ira, o triunfo e autocomiseração. [...] A única lealdade será para com o Partido. O único amor será o amor ao Grande Irmão. O único riso será o do triunfo sobre o inimigo derrotado. Não haverá arte, nem literatura, nem ciência. Quando formos onipotentes, já não precisaremos da ciência. Não haverá distinção

entre beleza e feiúra. Não haverá curiosidade, nem deleite com o processo da vida. Todos os prazeres serão eliminados. (ORWELL, 2009, p. 312).

Com efeito, determinadas situações despontam enquanto conflituosas sob o aspecto da limitação do direito de propriedade intelectual na *Internet* a omissão ou alteração da autoria de determinado conteúdo e a realização de *downloads* variados.

A primeira questão, inerente ao direito moral do autor, se mostra menos conflituosa porque não há dúvidas de que "o direito moral é inalienável e imprescritível" (PAESANI, 2006, p. 63). Omitir ou atribuir erroneamente a autoria de uma obra, bem como deturpar o seu conteúdo, constitui violação ao direito moral do autor, que deve ser combatida, embora essa prática seja usual na *Internet*. Sob o aspecto jurídico, tem-se toda uma proteção legal, a qual decorre de preceitos morais consolidados, como o de que cada um deve ser visto pela sociedade da forma que quiser se mostrar, inclusive produzindo arte em suas diversas facetas, não cabendo a um terceiro que não teve a dedicação e o trabalho do autor vangloriar-se por algo que não partiu dele mesmo, sendo indevidamente bem visto pelos demais.

A *Internet* possibilita a disseminação de qualquer conteúdo e o acesso a ele, dando a impressão de que qualquer coisa pode ser copiada e alterada. No entanto, ao nascer, toda obra recebe proteção legal e, pela Lei de Direitos Autorais (n. 9.610/98), é o autor ou o detentor dos direitos patrimoniais da obra que pode autorizar seu uso. (PINHEIRO, 2009, p. 20).

Mais complexo é compreender as polêmicas do embate entre o direito patrimonial do autor em face do direito de informação de todos que vivem em sociedade, o qual foi maximizado e, porque não dizer, consolidado, com o advento da *Web*. Fato é que o direito patrimonial do autor adquiriu novas perspectivas na rede mundial de computadores que implicam numa necessária relativização para se falar uma democracia digital.

Entender as conseqüências [sic] que o impacto da tecnologia digital significa para a criação e distribuição de obras intelectuais, sua presença na elaboração dos complexos contratos específicos, bem como as novas perspectivas para os administradores de direitos autorais e agentes responsáveis pelas decisões judiciais, é agora de relevante importância (GANDELMAN, 2007, p. 127-128).

O acesso às obras intelectuais se sujeita a novos limites sob o aspecto do direito patrimonial do autor, posto que defender na rede os mesmos direitos do plano físico significa ilidir seu caráter liberalista e democrático, mais que isso, quer dizer impor uma diretiva fadada ao insucesso devido a não aceitação social. Claro, não quer dizer que tudo deva ser permitido, pois se não fosse possível ao autor usufruir do aspecto econômico de sua obra

pouca seria a vantagem de ter uma produção relevante, impedindo-se com isso o desenvolvimento da cultura e da ciência. Sobre a controvérsia, Peck (2002, p. 60-61) destaca:

ocorre que em termos jurídicos a questão é bastante delicada. Pensar em proteção aos direitos na *Internet* de forma muito restrita pode significar que se está protegendo o intermediário, o atravessador, não o autor. [...] É óbvio que o trabalho intelectual deve ser protegido e remunerado, para que se preserve a inovação, mas não se tem de proteger nenhuma das duas partes em especial (indústria e consumidor) e sim o trabalho intelectual.

Para que ocorra um uso justo em relação à ausência de privação do direito de informação, Peck (2002, p. 61) defende que é preciso utilizar um sistema semelhante ao das bibliotecas, não proporcionando um ganho financeiro, apenas tornando pública e acessível uma obra. No caso, o usuário teria acesso à obra pela rede como se estivesse indo a uma biblioteca, o que não significa dizer que poderia fazer o *download* ilegal.

O sistema proposto pela autora parece ser o mais razoável dentro de um contexto ético, pois garante o direito patrimonial do autor sem impedir que a sua produção seja acessada pela rede. Em termos técnicos, é uma realidade distante. Hoje, o máximo que se pode defender é que o acesso a *downloads* não pode ser ilimitado a ponto de comprometer totalmente o direito patrimonial do autor, mas este também não pode impedir na íntegra que a sua produção seja visualizada pelos internautas e comprometer a liberdade de informação.

Outro posicionamento aceitável é o de distinguir os conteúdos efetivamente hospedados na *Web* daqueles disponíveis para compartilhamento doméstico, nos quais um programa específico apenas conecta uma máquina a outra para que o conteúdo seja transmitido, no que se denomina computação em nuvem.

Assim, surge uma *norma* ética com dois enfoques, necessariamente interligados: o usuário da *Internet* deve respeitar os conteúdos bloqueados pelo legítimo titular do direito do autor, mas deve receber em contrapartida o acesso a uma vasta gama de conteúdos da mesma natureza, ainda que sem a possibilidade de *download*.

Portanto, duas são as diretivas centrais na questão dos limites ao exercício do direito de propriedade intelectual na *Internet*: a) sob o aspecto do direito moral do autor, não cabe a alteração ou omissão da autoria; b) sob o aspecto do direito patrimonial do autor, para que seja impedido o *download* de determinados conteúdos é preciso que seja colocada à disponibilidade do internauta uma vasta gama de informações, incluindo parcelas de obras protegidas pelo direito patrimonial do autor, ainda que sem a possibilidade de baixá-las.

2.4.6 Limites éticos ao exercício do direito à segurança jurídica na rede

A esfera da limitação do direito à segurança jurídica na *Internet* passa pela delicada questão a respeito dos limites da interferência estatal, no sentido de que cabe ao Estado resguardar os direitos dos internautas, mas sem restringir indevidamente o direito de liberdade, tão fundamental ao bom funcionamento da rede.

No âmbito internacional, o artigo III da Declaração de 1948 prevê que "toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à *segurança pessoal*" (grifo nosso) (ONU, 2012a). Da mesma forma, a segurança é um dos direitos fundamentais assegurados no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 2012b).

No aspecto ético, o Estado tem o dever preservar os direitos de todos os cidadãos, garantindo o bem comum. Afinal, o Estado não pode se estruturar em injustiças e no domínio do mais forte sobre o mais fraco. Os direitos inerentes a cada um que vive em sociedade deve ser assegurado, o que se chama de segurança jurídica.

O direito à segurança jurídica permite que o Estado intervenha diretamente na vida dos cidadãos, salvaguardando certos direitos fundamentais com a limitação de outros. Por isso, é razoável colocar o direito à segurança como um conjunto de permissões para a intervenção estatal, preservando a ordem democrática e o exercício de direitos pelo cidadão. Nesta linha, para Silva (2006, p. 437), "efetivamente, esse conjunto de direitos aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral)". O problema é que sob o argumento da segurança jurídica é possível que o Estado atue de maneira abusiva, ingerindo-se indevidamente na vida da população.

Pode até ser que um Estado que não garanta os demais direitos fundamentais em nome da segurança e da estabilidade se consolide e, em alguns aspectos, proporcione uma maior felicidade para seus cidadãos, ainda que artificial. Este era o ideário do mundo de Huxley (1998, p. 206):

o mundo agora é estável. As pessoas são felizes, têm o que desejam e nunca desejam o que não podem ter. Sentem-se bem, estão em segurança; nunca adoecem; não têm medo da morte; vivem na ditosa ignorância da paixão e da velhice; não se acham sobrecarregadas de pais e mães; não têm esposas, nem filhos, nem amantes, por quem possam sofrer emoções violentas; são condicionados de tal modo que praticamente não podem deixar de se portar como devem. E se por acaso alguma coisa andar mal, há o soma.

No entanto, um mundo estável nestes moldes, com segurança absoluta, gera a morte do indivíduo, pois não há espaço para que ele se desenvolva. Então, perder um pouco em

segurança faz parte porque é na instabilidade social que é possível criar e desenvolver, isto é, ser alguém. Daí a postura severa das personagens de Huxley (1998, p. 137) favoráveis ao mundo novo, no sentido de defender o isolamento dos indivíduos que abalasses a segurança social de alguma forma:

sua elevada condição intelectual traz consigo responsabilidades morais correspondentes. Quanto maior é o talento de um homem, mais poder tem ele para desviar os outros. É preferível o sacrifício de um à corrupção de muitos. Encare o caso sem paixão, Sr. Foster, e verá que não há crime mais odioso de que a falta de ortodoxia na conduta. O homicídio mata apenas o indivíduo; e, afinal, que é um indivíduo? - Com um gesto largo, apontou as fileiras de microscópios, os tubos de ensaio, as incubadoras. - Nós podemos produzir um indivíduo novo com a maior facilidade; tantos quantos quisermos. A falta de ortodoxia, porém, ameaça mais do que a vida de um simples indivíduo; ela atinge a própria Sociedade. Sim, a própria Sociedade.

Neste sentido, a constante vigilância dos cidadãos em nome da segurança jurídica não pode ser aceita. O Estado deve respeitar um espaço para o exercício de direitos e garantias fundamentais por seus cidadãos, apenas intervindo em nome da segurança jurídica quando estritamente necessário. Trata-se de pressuposto da sociedade democrática.

A teletela recebia e transmitia simultaneamente. Todo som produzido por Winston que ultrapassasse o nível de um sussurro muito discreto seria captado por ela; mais: enquanto Winston permanecesse no campo de visão por ela; mais: enquanto Winston permanecesse no campo de visão enquadrado pela placa de metal, além de ouvido também poderia ser visto. Claro, não havia como saber se você estava sendo observado num momento específico. Tentar adivinhar o sistema utilizado pela Polícia das Ideias para conectar-se a cada aparelho individual ou a frequência com que o fazia não passava de especulação. Era possível inclusive que ela controlasse todo mundo o tempo todo. Fosse como fosse, uma coisa era certa: tinha meios de conectar-se a seu aparelho sempre que quisesse. Você era obrigado a viver - e vivia, em decorrência do hábito transformado em instinto - acreditando que todo som que fizesse seria ouvido e, se a escuridão não fosse completa, todo movimento examinado meticulosamente. (ORWELL, 2009, p. 13).

O mundo das teletelas deixa evidente que a defesa intransigente da segurança jurídica implica numa eliminação da dignidade humana, posto que a personalidade individual é mitigada em todos seus aspectos. Já se viu o resultado de regimes autoritários que não aceitavam o pluralismo e vigiavam os cidadãos para que pensassem conforme o Estado, tanto que, apesar dos direitos humanos internacionalmente declarados, tem-se a necessidade do constante retorno às marcas deixadas pelos regimes autoritários:

os herdeiros das revoluções francesa, inglesa e americana haviam em parte acreditado em seus próprios chavões sobre direitos humanos, liberdade de expressão, igualdade perante a lei e assim por diante, permitindo inclusive, dentro de certos limites, que sua conduta fosse influenciada por eles. Só que

aproximadamente nos anos 1940 todas as principais correntes de pensamento político eram autoritárias (ORWELL, 2009, p. 241).

Com efeito, a sociedade da vigilância se fundamenta aos olhos de todos na preservação da segurança jurídica, quando na verdade se baseia no exercício do Poder sem limites, eliminando a democracia social. Neste sentido, assume a personagem de Orwell (2009, p. 308): "o Partido deseja o poder exclusivamente em benefício próprio. Não estamos interessados no bem dos outros; só nos interessa o poder em si. Nem riqueza, nem luxo, nem vida longa, nem felicidade: só o poder pelo poder, poder puro".

Na *Internet*, geralmente, aquilo que permite garantir a segurança jurídica também é o que delimita a liberdade e a privacidade na rede. Contudo, sem segurança jurídica os demais direitos fundamentais acabam desprotegidos, até mesmo o próprio direito de privacidade. Se as pessoas respeitassem os limites ao exercício da liberdade, não haveriam violações aos demais direitos fundamentais e seria dispensada uma forte atuação estatal. Não sendo este o contexto, é necessário salvaguardar instrumentos que permitam a apuração de atos ilícitos originários de um exercício abusivo do direito de liberdade. A respeito dos limites da liberdade na rede, Daoun e Blum (2000, p. 118) comentam:

usando o abalo na credibilidade da rede e nos sistemas de comércio eletrônico, há quem defenda a opinião de que a *Internet* precisa de maior controle e regulamentação. Alguns sites de *hackers* chegam a dizer que os verdadeiros responsáveis pela ação são governos e setores conservadores, que buscam um motivo para limitar a liberdade dos usuários na rede. Para os que sustentam tal posição e que defendem insistentemente a chamada liberdade virtual, o direito específico e regulador das questões da criminalidade na rede será sempre encarado como uma "camisa de força" imposta pelos poderes estatais; afinal, segundo os mesmos, o ciberespaço deveria ser regido com base em um sistema que ultrapassa o liberalismo *latu sensu* e beira o anarquismo, onde toda a forma de interferência dos poderes constituídos revelar-se-ia no mínimo inaceitável e, por isso mesmo, ilegítima.

Impossível defender que o Estado deve se manter alheio aos acontecimentos na rede mundial de computadores, afinal, os atos ali praticados produzem relevantes reflexos no cenário jurídico. Contudo, a *Internet* naturalmente proporciona um exercício maximizado do direito de liberdade, o que acarreta uma menor proteção da esfera da privacidade, mas também propicia a criação de um espaço democrático para debates, cabendo ao Estado se adaptar a este novo contexto.

O ocultismo proporcionado aos usuários cria a ilusão de um ambiente livre para a prática de todos os atos. Verifica-se que o usuário cria a expectativa de poder utilizar a ferramenta virtual da forma que melhor lhe convém, sem raciocinar sobre as consequências que seus atos podem causar. É neste

quadro peculiar de dinamismo que se desenvolve o exercício da liberdade na *Internet*, o qual não prejudica, por sua vez, os modos de caracterização de atos ilícitos. As condutas praticadas no ambiente virtual, tanto quanto as cometidas fora dele, são plenamente tangíveis e, caso produzam danos, acarretarão punição. (GARCIA; LUCA, 2012, p. 153).

É preciso encontrar um ponto de equilíbrio que permita garantir a segurança jurídica, criando e utilizando adequadamente mecanismos para apuração de violações de direitos fundamentais, sem que se diminuam as possibilidades da liberdade de expressão.

Dentro desta problemática, uma das questões mais polêmicas é a da guarda dos registros das atividades praticadas pela *Internet*, sob o argumento de apurar e punir os ilícitos praticados na rede - este conflito se centraliza entre segurança jurídica *vs.* privacidade. Não obstante, há também a temática da atuação normativa estatal, que na defesa da segurança jurídica pretende criar o maior número possível de leis específicas, notadamente para tipificar cibercrimes, sem se atentar que isso pode gerar uma perda de dinamismo na rede mundial de computadores - percebe-se um conflito entre segurança jurídica *vs.* liberdade. A respeito do segundo aspecto, tece-se abordagem aprofundada no item 4.2.2, por se tratarem de fundamentos para uma flexibilização normativa na atuação do Legislativo. Por ora, vale apontar as principais polêmicas no que tange ao armazenamento de registros.

Permanecendo idêntica a mídia de armazenamento²⁷, o que se faz na rede mundial de computadores não fica perdido, posto que por trás de um computador e de seu gráfico cheio de recursos acessíveis, que transparecem certa capacidade de esquecimento do que é transmitido com possibilidades como exclusão de arquivos e históricos, está um complexo sistema de interconexão de redes e máquinas. No decorrer deste processo, as informações de uma máquina são constantemente enviadas a outra para o estabelecimento de conexões, onde ficam registradas. (GARCIA; FURLANETO NETO, 2012).

A arquitetura da rede mundial de computadores é mais complexa do que aparenta, envolvendo inúmeras etapas que podem ser denominadas camadas. Cada um dos diversos

²⁷ Rothenberg (1999, p. 1-2) estuda a possibilidade de que as tecnologias evoluam a ponto de um documento se tornar obsoleto e enumera as formas pelas quais isto pode acontecer: decadência física dos meios de comunicação; perda de informações sobre o formato, codificação ou compressão de arquivos; obsolescência de *hardware*; e indisponibilidade de *software*. As últimas décadas testemunharam inúmeras mortes de meios de armazenamento, sendo que um programa se torna refém de sua própria codificação quando exige que seja lido apenas pelo *software* que o criou. (ROTHENBERG, 1999, p. 2-10). Para a preservação do documento, os *bits* devem ser copiados para a nova espécie de mídia, adequando-a ao novo formato, o que se denomina migração; contudo, este processo de migração elimina a necessidade de preservar dispositivos de armazenamento, a exemplo de discos rígidos, mas os sistemas e o *software* de aplicação ainda dependem de *hardware*. (ROTHENBERG, 1999, p. 11-15). Rothenberg (1999, p. 16) afirmou que a mídia de armazenamento de longa duração pode vir a tornar a migração menos urgente. Aparentemente, os atuais meios de armazenamento têm sido suficientes e não deverão ser substituídos tão cedo, embora já existam formas mais avançadas. Quando for necessária a migração, será preciso copiar todo conteúdo que ainda deva ser armazenado nos termos da lei, efetuando assim a transposição para a nova espécie de mídia.

protocolos pertencem a uma camada, podendo ser implementados num *hardware*, num *software* ou em ambos. (KUROSE; ROSS, 2005, p. 34-36). O sistema de camadas aceita dois possíveis modelos, sendo que na *Internet* adota-se o TCP/IP, um modelo simplificado no qual há apenas 5 camadas, quais sejam: aplicação, transporte, rede, enlace e física (KUROSE; ROSS, 2005, p. 36-37).

Na dinâmica da rede, o que geralmente se vê são os registros de aplicação, que se referem às variadas atividades por ela proporcionadas, como correio eletrônico, *Web*, mensagem instantânea, compartilhamento via P2P, transferência de arquivos, jogos multiusuários em rede, vídeos armazenados, telefonia pela rede e videoconferência em tempo real (KUROSE; ROSS, 2005, p. 58). A respeito do conteúdo das aplicações de rede, Kurose e Ross (2005, p. 57) explicaram:

aplicações de rede são a razão de ser de uma rede de computadores. Se não fosse possível inventar aplicações úteis, não haveria necessidade de projetar protocolos de rede para suportá-las. Nos últimos 35 anos, foram criadas numerosas aplicações de rede engenhosas e maravilhosas. entre elas estão as aplicações clássicas de texto, que se tornaram populares na década de 1980: correio eletrônico, acesso a computadores remotos, transferência de arquivo, grupos de discussão e bate-papo e também uma aplicação que alcançou estrondoso sucesso em meados da década de 1990: a *Web*. Há ainda muitas aplicações multimídia, como vídeo em tempo real, rádio e telefonia por *Internet* e videoconferência. Duas aplicações de enorme sucesso também surgiram no final do milênio - mensagem instantânea e compartilhamento não hierárquico de arquivos (*peer-to-peer* - P2P).

Todas as principais atividades praticadas pelo internauta se dão na camada de aplicação, ficando o registro em cada sistema final mantenedor de sítio na rede mundial de computadores e no computador do usuário. Contudo, os registros de conexão também são de grande importância, pois eles que atribuem o IP utilizado pelo internauta na conexão feita - afinal, atualmente, em regra, os IPs são rotativos²⁸ e, caso o horário de um provedor seja incompatível com o horário oficial, é possível que se gere controvérsia na prova. (GARCIA; FURLANETO NETO, 2012).

Com efeito, são registros do internauta que podem ser armazenados: o IP com o qual fez a conexão, a aplicação de *Internet* acessada e o conteúdo postado ou acessado. Atualmente, todos estes registros são guardados no Brasil, porque existe um regramento não cogente, que tem sido cumprido de certo modo para evitar responsabilizações na esfera judiciária e que peca por não estabelecer exatamente os servidores responsáveis pela guarda

²⁸ Na teoria, cada vez que o hospedeiro se conectar deve receber o mesmo IP, contudo, como o número de IPs na versão IPv4 tem se mostrado insuficiente, tem-se adotado a atribuição de endereço IP temporário. Para atender a essa necessidade de maior espaço para endereços IP, um novo protocolo IP, o IPv6, foi desenvolvido, podendo ser totalmente implementado em breve. (KUROSE; ROSS, 2005, p. 260-270).

dos tipos de registros (provedor ou mantenedor). Este prazo não cogente gera uma insegurança tanto por parte do servidor, que pode ser condenado na justiça mesmo tendo cumprido a diretiva do Comitê Gestor da *Internet*, quanto por parte do usuário, que não sabe exatamente por quanto tempo e quem é efetivamente responsável pela guarda dos registros de acesso e aplicações de *Internet*, tampouco quais são as informações guardadas.

Daí se argumentar que a criação de uma legislação específica parece ser a melhor alternativa. Afinal, a ausência de lei específica a respeito da guarda de registros de conexão e aplicação tem possibilitado uma maior violação não só da segurança jurídica (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2012, p. 171-172), mas também da privacidade.

Não há nada de novo no conflito privacidade *vs.* segurança jurídica na *Internet* ora estabelecido a respeito do tratamento de dados, de forma que se obedecidos os ditames constitucionais adequadamente nem seria necessário regulamentar. Contudo, se na prática é verificado um desrespeito constante a tais ditames, mal interpretando esta releitura da norma posta, a regulamentação específica surge como uma necessidade - não para definir a regulamentação adequada, mas apenas para evidenciar aquela que já existente poderia deixar de ser aplicada por uma não correspondência direta, a qual possibilitaria causar dúvida quanto a sua legitimidade. (GARCIA; SILVA, 2012, p. 22).

No geral, percebe-se uma compatibilidade constitucional entre as espécies de dados informáticos que podem ser armazenados e os demais conteúdos que perpassam pela privacidade do cidadão, como cartas e telefonemas. Quanto aos registros de conexão e aos registros de aplicação acessíveis ao público, tem-se a normatização constitucional pela obrigatoriedade da guarda, considerada a vedação do anonimato e a garantia do dever de indenizar no contexto do livre exercício do direito de se expressar (artigo 5º, IV, V e IX, CF); quanto aos registros de aplicações bancárias, considerada a garantia constitucional da propriedade e da segurança (artigo 5º, *caput*, CF), nota-se a normatização pela obrigatoriedade da guarda por parte das instituições financeiras, respeitado o sigilo bancário; quanto aos registros de aplicações não acessíveis ao público, percebe-se uma aproximação do *e-mail* e dos bate-papos escritos com a carta epistolar e da troca de mensagens de voz ou imagens por *webcam* com os telefonemas, sendo necessária uma extensão da proteção constitucional (artigo 5º, X e XII) no sentido de somente permitir a guarda destes conteúdos mediante prévia determinação judicial, embora o registro de acesso à aplicação deva ser feito (GARCIA; SILVA, 2012, p. 24-28). Outra problemática parece despontar com a tendência pela computação em nuvem, na qual os dados ficam armazenados no provedor e na máquina do usuário, evitando perdas, contexto no qual fica difícil delimitar qual a melhor forma para garantir os direitos do internauta, mas a criptografia parece despontar como uma solução

razoável, a princípio. São exemplos de plataformas de arquivos que consolidam o conceito de computação em nuvem o *Dropbox* (2013), que é um serviço gratuito que permite com facilidade o compartilhamento e o armazenamento de arquivos, e o *Google Docs*, plataforma da *Google* (2013) que permite que um arquivo armazenado de uma máquina seja acessado em qualquer lugar do mundo mediante *login*.

Desponta, assim, a diretriz que limita o exercício da segurança jurídica sob o aspecto ético no sentido de ser indevida a ingerência na privacidade do cidadão mediante o tratamento de registros para além do estritamente necessário para garantir a punição pelos atos ilícitos, sob pena de se criar um estado de vigilância no qual a privacidade seja extinta.

Construir um Estado Democrático de Direito exige o respeito a inúmeros aspectos éticos, a maioria dos quais se encontram disciplinados constitucionalmente, como visto no presente tópico. Na verdade, é preciso acabar com a ideia de que a responsabilidade pela consolidação destes valores é exclusivamente estatal, de forma que cada vez mais o indivíduo deve ser valorizado enquanto construtor da sociedade justa. É o que se pretende de um reforço da autodisciplina no ciberespaço, assunto do próximo capítulo.

CAPÍTULO 3 - AUTODISCIPLINA MORAL NA *INTERNET*

A Ética passou por uma evolução consistente, com seus conceitos vistos sob diversos enfoques com o passar dos tempos, principalmente nos momentos de ruptura jurídico-constitucional, o que não significa que não exista uma base teórica comum, com elementos que se repetiram constantemente. Das teorias mais metafísicas, como a de Aristóteles e a de Santo Tomás de Aquino, em que a percepção da existência humana alcançava ares de quase divindade; passando por teorias mais pragmáticas, a exemplo da elaborada por Maquiavel e da defendida por Kelsen, descrentes na existência de uma moralidade humana capaz de superar as problemáticas sociais e vendo a coerção como único remédio; até chegar a uma concepção flexível, e ao mesmo tempo rigorosa por não menosprezar a capacidade humana de agir conforme a Ética, que pode ser percebida com a junção da teoria de Kant, reconhecendo a existência de uma lei moral inerente à razão prática que todos os homens possuem independente da prova da existência divina, e da teoria de Maritain, tão influenciado pelo cristianismo e que teve por mérito apontar a dimensão coletiva do agir moral para a construção de uma sociedade justa e fraterna.

Embora em aspectos filosóficos rigorosos seja possível diferenciar muitos pontos dos pensamentos estudados, tem-se que em termos humanos pouco importa delimitar exatamente em que consistem os elementos éticos, sendo mais importante encontrar caminhos para que a ação individual seja a mais correta possível. A busca de tais direcionamentos não pode ser feita de forma inconsequente e sem a observação da história do pensamento humano, tirando dela experiências e valores que devam se propagar.

Quando se fala numa autodisciplina, o que se pretende é justamente defender a melhor postura para aquele que vive em sociedade, apesar do estabelecimento de fórmulas taxativas ser inviável, ou mesmo prejudicial se considerada a visão de que o conteúdo dos valores morais passa por constantes modificações conforme as exigências humanas mudem - sendo assim necessária uma compreensão flexível e atenta aos preceitos base da filosofia.

Foi visto que o Direito e a Moral são elementos mínimos do conceito de Ética, os quais se relacionam de tal forma que muitas de suas regras são coincidentes. Neste viés, o atendimento dos preceitos da moralidade implica, geralmente, numa desnecessidade de intervenção estatal pela aplicação do Direito. Em outras palavras, o bom comportamento daqueles que vivem em sociedade torna desnecessário que a força do Estado seja utilizada para manter a paz social. O nome que pode ser dado a esta tendência comportamental pela

qual dentro dos grupos sociais os indivíduos estabelecem entre si regras de boa conduta a ponto de se exigir o mínimo de utilização dos elementos coativos do Direito, formando ordens sociais autônomas, é *autodisciplina*, ou *autorregulamentação*, ou ainda *autorregramento*.

Como se pretende estudar no decorrer deste capítulo, as ordens sociais autônomas se formam em grupos sociais de tamanha força e abrangência que dificilmente podem ser controlados por uma ordem normativa fechada e pré-estabelecida. Assim, dentro de tais grupos se estabelece pouco a pouco um rol de regras de *justa conduta*, as quais se não forem respeitadas podem acarretar a aplicação de uma sanção pelos membros do próprio grupo - ou até mesmo a intervenção estatal com aplicação do Direito baseada nos elementos jurídicos flexíveis aplicáveis, numa ponderação de interesses, objeto do capítulo 4. Com efeito, nas ordens em que prevalece a autodisciplina não se tem um perfeito agir moral, mas a maior aproximação possível disto pela maioria dos membros componentes do grupo social.

A *Web* atingiu o atual estágio de abrangência e incorporação social contrariando expectativas concernentes às tecnologias que a antecederam, notadamente os computadores e redes militares. No contexto de uma evolução midiática, a *Internet* pode ser vista como a mídia que mais influenciou a estrutura social, o que foi fruto de uma miscigenação de características principais, como fluxo de informações intenso e mutável, desterritorialização, novos modos de relacionamentos pessoais, bem como maiores liberdade e autonomia conferidas ao usuário.

Foi visto, ainda, no capítulo anterior que é possível delinear alguns limites éticos às ações que devem se desenvolver no ciberespaço, os quais se vislumbram num contexto de colisões de direitos fundamentais, sendo tamanha a força da discussão ética neste âmbito que é possível uma aproximação intensa entre o agir moral do internauta - que se enquadra na seara da autodisciplina - e a intervenção estatal esperada na questão conflituosa - que se refere ao papel desempenhado pelo Direito num contexto de flexibilização normativa, notadamente pelo sopesamento de direitos aceito numa nova hermenêutica constitucional.

A *Internet* tem sido reconhecida como um espaço que tende à autodisciplina, notadamente devido às particularidades que a cercam e às diretivas éticas que despontam em sua utilização. Basicamente, se enquadra no contexto do elemento ético da Moral, na qualidade de um modo de exteriorização do agir moral por um grupo social determinado - no caso do presente estudo, o grupo dos internautas. Principalmente no âmbito do direito eletrônico, diversos autores apontam-na como uma tendência inevitável e até mesmo salutar, mas ainda não se compreendeu o porquê desta tendência, a sua validade ou a sua abrangência, nem ao menos se sabe ao certo quais são as expectativas comportamentais dos entes sociais

envolvidos neste contexto ou se o caminho para o melhor atendimento do conteúdo autodisciplinar tem sido percorrido com percalços aceitáveis em direção à construção de uma comunidade virtual mais consciente.²⁹ Tais questões serão aprofundadas no presente capítulo, considerada a hipótese levantada de que *um olhar atento ao conceito de ética e aos modos de exteriorização das suas leis permite a compreensão de que uma boa maneira de regulamentação das ações na rede de computadores é o reforço da autodisciplina.*

3.1 Primeiras linhas sobre a autodisciplina na *Internet*

A autodisciplina, que de uma maneira geral enquadra-se na compreensão da questão moral, enquanto um modo de exteriorização das suas diretivas, se faz presente em certos grupos sociais com algum grau relevante de autonomia, os quais não serão controlados de forma plena e efetiva pelo Estado, principalmente se este tentar forçar a prevalência de instituições por vezes ultrapassadas. O autorregramento se consolida no estabelecimento de regras de conduta correta que deverão prevalecer naquele grupo social, sob pena de sanção.

No entender de Nader (2001, p. 46-47), a moral é uma espécie de instrumento de controle da sociedade e as suas regras se impõem, de maneira fundamental, dentro da consciência. Explica Chauí (2005, p. 306):

o senso moral e a consciência moral referem-se a valores (justiça, honradez, espírito de sacrifício, integridade, generosidade), a sentimentos provocados pelos valores (admiração, vergonha, culpa, remorso, contentamento, cólera, amor, dúvida, medo) e as decisões que conduzem a ações com conseqüências [sic] para nós e para os outros. Embora os conteúdos dos valores variem, podemos notar que estão referidos a um valor mais profundo, mesmo que apenas subentendido: o bom ou o bem. [...] o senso e a consciência morais têm como pressuposto fundamental a idéia [sic] de liberdade do agente.

Há um certo conteúdo autodisciplinar em qualquer grupo formado por pessoas, por ser impossível adotar a sanção como única solução possível para questões conflituosas, ou seja, as regras consideradas adequadas para a conduta humana devem ser respeitadas pela maioria dos que compõem o grupo social para que sejam efetivas e, por conseqüência, passem a ser reconhecidas como válidas. Ao que parece, nos grupos sociais formados com menos

²⁹ Sob o aspecto metodológico, predomina a utilização de um estudo comparativo do material levantado até o momento na pesquisa, além da observação de casos concretos que se mostram como tendências comportamentais no ciberespaço (tópico 3.6). No que tange à bibliografia utilizada, foram levantadas as menções feitas pelos pesquisadores do direito eletrônico a respeito da autodisciplina na *Internet* e, para um estudo aprofundado, foram buscadas obras que consideraram sobre a formação de ordens sociais autônomas liberalistas em contraponto ao usual crescimento de intervenção estatal, notadamente: *Direito, Legislação e Liberdade*, de Friedrich Hayek, e *Autoridade e o Indivíduo*, de Bertrand Russel. Afinal, o principal argumento de validade pela prevalência da autodisciplina é justamente a necessidade de que seja garantida a maior liberdade e autonomia ao indivíduo.

coesão social a tendência é que as regras estabelecidas sejam mais respeitadas, conforme explica Russel (2005, p. 23):

o mecanismo original da coesão social, como ainda pode ser encontrado entre as raças mais primitivas, foi um que operou através da psicologia individual sem a necessidade de qualquer coisa, que pode ser chamado de governo. Houve, sem dúvida, os costumes tribais que todos tinham que obedecer, mas deve-se supor que não havia impulso à desobediência destes costumes e nenhuma necessidade de magistrados ou policiais para aplicá-las. (tradução nossa).³⁰

Na esfera física da vida social em que um número considerável de habitantes convive no território de uma nação, a qual é governada pelos representantes do Estado, predomina o respeito às leis estabelecidas em nome desta convivência social, sendo que o descumprimento delas por uma minoria faz com que a coação seja utilizada - mas se toda a população do território não reconhecer a lei posta como legítima, torna-se impossível para o Estado obrigá-la. A respeito do poder do Estado sobre o indivíduo, entende Russel (2005, p. 28-29):

desde o século quinze até o tempo presente o poder do Estado com relação ao indivíduo tem continuamente aumentado, no início principalmente como um resultado da invenção da pólvora. Assim como, nos dias anteriores de anarquia, os homens mais pensativos adoraram o Direito, então durante o período de aumento do poder estatal houve uma tendência crescente a se adorar a liberdade. Os séculos dezoito e dezenove foram em um nível memorável o sucesso do aumento de poder do Estado para o que seria necessário na preservação da ordem, e deixando apesar disso, uma grande medida de liberdade para os cidadãos que não pertenciam às baixas camadas sociais. O impulso em direção à liberdade no entanto parece agora ter perdido muito de sua força entre os reformadores; isso foi substituído pelo amor à igualdade que foi largamente estimulada pelo crescimento do poder dos novos magnatas da indústria sem a tradicional vocação à superioridade, e a existência de uma guerra total (*Primeira Guerra Mundial*) persuadiu quase todos que um sistema social mais unido e coeso é mais forçoso do que aquele que satisfazia aos nossos avós. (tradução e inserção nossas).³¹

³⁰ No original: "The original mechanism of social cohesion, as it is still to be found among the most primitive races, was one which operated through individual psychology without the need of anything that could be called government. There were, no doubt, tribal customs which all had to obey, but one must suppose that there was no impulse to disobedience of these customs and no need of magistrates or policemen to enforce them".

³¹ No original: "From the fifteenth century to the present time the power of the State as against the individual has been continually increasing, at first mainly as a result of the invention of gunpowder. Just as, in the earlier days of anarchy, the most thoughtful men worshipped law, so during the period of increasing State power there was a growing tendency to worship liberty. The eighteenth and nineteenth centuries had a remarkable degree of success in increasing State power to what was necessary for the preservation of order, and leaving in spite of it a great measure of freedom to those citizens who did not belong to the lowest social grades. The impulse towards liberty, however, seems now to have lost much of its force among reformers; it has been replaced by the love of equality, which has been largely stimulated by the rise to affluence and power of new industrial magnates without any traditional claim to superiority. And the exigencies of total war have persuaded almost everybody that a much tighter social system is necessary than that which contented our grandfathers".

Logo, na vida social como um todo, o autorregramento se faz presente pela boa ação da maioria das pessoas, ainda que o estabelecimento das regras do corpo social seja predominantemente transferido ao ente estatal; enquanto numa ordem social autônoma em que predomine de fato a autodisciplina as regras são estabelecidas pelos próprios agentes envolvidos e posteriormente convalidadas pelo Estado, o que se mostra necessário porque nenhuma ordem social pode ser tão autônoma a ponto das atitudes tomadas em seu âmbito não atingirem a sociedade como um todo e é função do Estado preservá-la.

O que difere a ordem estatal de uma ordem social autônoma é o processo de formação, não sendo possível olvidar que uma ordem pode interferir na outra, como expõe Hayek (1998, p. 37) ao diferenciá-las:

existem diversos termos disponíveis para descrever cada tipo de ordem. A ordem feita que nós já temos referido como uma ordem exógena ou um arranjo pode novamente ser descrita como uma construção, uma ordem artificial ou, especialmente onde nós temos que lidar com uma ordem social dirigida, como uma *organização*. A ordem crescente, de outro lado, que nós temos referido enquanto uma ordem autogerada ou endógena, é em Inglês mais convenientemente descrita como uma ordem espontânea. A Grécia Clássica foi mais afortunada em possuir distintas palavras específicas para dois tipos de ordens, nomeadamente *taxis* para uma ordem feita, assim como, por exemplo, uma ordem de batalha, e *kosmos* para uma ordem crescente, significando originalmente "uma ordem de direito em um estado ou em uma comunidade". [...]

Não seria exagero dizer que a teoria social começa com a - e tem objeto apenas por causa da - descoberta de que existem estruturas ordenadas que são produto de ação de muitos homens mas não são resultado do desejo humano. Em alguns campos isso é agora aceito universalmente. Embora exista um tempo quando homens acreditavam que até mesmo linguagem e morais foram inventadas por alguns gênios do passado, todos reconhecem agora que eles são os resultados de um processo de evolução cujos resultados ninguém previu ou desejou. Mas em outros campos muitas pessoas ainda tratam com suspeita a alegação de que os padrões de interação de muitos homens pode mostrar uma ordem que é de tomada deliberada de ninguém; [...]. (tradução nossa).³²

³² No original: "There are several terms available for describing each kind of order. The made order which we have already referred to as an exogenous order or an arrangement may again be described as a construction, an artificial order or, especially where we have to deal with a directed social order, as an organization. The grown order, on the other hand, which we have referred to as a self-generating or endogenous order, is in English most conveniently described as a spontaneous order. Classical Greek was more fortunate in possessing distinct single words for the two kinds of order, namely *taxis* for a made order, such as, for example, an order of battle, and *kosmos* for a grown order, meaning originally 'a right order in a state or a community'. [...]

It would be no exaggeration to say that social theory begins with-and has an object only because of-the discovery that there exist orderly structures which are the product of the action of many men but are not the result of human design. In some fields this is now universally accepted. Although there was a time when men believed that even language and morals had been 'invented' by some genius of the past, everybody recognizes now that they are the outcome of a process of evolution whose results nobody foresaw or designed. But in other fields many people still treat with suspicion the claim that the patterns of interaction of many men can show an order that is of nobody's deliberate making; [...]"

A *Internet* desponta como o espaço para a formação de um grupo social autônomo, integrado pelos internautas, os quais estabelecem entre si regras de conduta numa velocidade muito superior à aptidão legislativa estatal, sendo que estas, ao menos de maneira geral, valem não só para os usuários de um determinado território, mas para todos aqueles que participam do grupo, já que a *Internet* é uma rede difusa e global. Sabendo disso, o participante da comunidade virtual já se acostumou com a maior liberdade a ele conferida, mais do que isso, alterou seu modo de vida para adequá-lo à era da informatização. Embora o caráter liberalista da rede mundial de computadores seja evidente, em nenhum momento se descartou que também nela seria necessário o respeito aos preceitos éticos.

O indivíduo adquire cada vez maior importância na rede mundial de computadores, notadamente porque se encontra lado a lado a uma vasta gama de outros indivíduos. Neste sentido, Howe (2006) descreve *crowdsourcing*, uma tendência originária da rede mundial de computadores que evidencia o empoderamento das multidões. Algo que antes somente poderia ser feito por profissionais torna-se passível de realização por internautas, por exemplo, comediantes profissionais não são tão necessários quando é possível promover um programa de TV baseado apenas em vídeos gratuitamente produzidos e enviados pelos internautas, ou então tendências que antes somente eram levantadas por especialistas podem ser detectadas mediante contribuição de uma massa de internautas. Considerado o barateamento de custos, muitas são as empresas que estão aderindo à prática. (HOWE, 2006). A vantagem é a visualização do indivíduo que possui acesso à *Internet* como um potencial colaborador para empresas de todo o país, mas a desvantagem é a possível manipulação desta massa unicamente visando a ampliação de lucros e não uma melhora na autonomia individual.

Segundo Dupas (2000, p. 90), a sociedade pós-moderna tem como marco o niilismo, ou seja, o fenômeno espiritual ligado à morte de Deus, já previsto por Nietzsche, e por isso demanda por novos valores, por uma nova busca axiológica, mas para formular uma Nova Ética é preciso voltar aos primeiros princípios, sem os quais nenhuma Ética é possível. Assim, como entende Dupas (2000, p. 88), as sociedades pós-modernas têm se libertado das amarras dos valores de referência, mas ao mesmo tempo a demanda por Ética e preceitos morais é crescente. Para Dupas (2000, p. 92), a Nova Ética deverá ser uma ética razoável, conciliando valores e interesses, embora devam ser obedecidas certas normas éticas fundamentais.

Neste sentido tem se firmado uma Ética na *Internet*: com muitas questões novas e polêmicas, mas com uma preocupação crescente em não deixar de lado os preceitos éticos consagrados para o estabelecimento das regras de conduta em seu âmbito, isto é, na formação do conteúdo autodisciplinar. Afinal, acima de tudo, a rede não pode ser vista como alheia à

sociedade, já que as atitudes nela praticadas produzem relevantes reflexos no plano físico da sociedade, inclusive por vezes com um efeito potencializador.

Sobre o estudo da ética na computação, aponta Masiero (2004, p. 18):

os computadores estão tão presentes em nossa sociedade que sua importância é inquestionável. Eles estão mudando nossa forma de estudar, trabalhar, divertir e comunicar. O estudo da ética na área de computação é o estudo das questões éticas que aparecem como consequência [sic] do desenvolvimento e uso dos computadores e da tecnologia da computação. Envolve identificar e divulgar as questões e problemas que fazem parte de seu escopo, aumentando o conhecimento da dimensão ética de uma situação particular. Envolve também abordar essas questões e problemas visando avançar nosso conhecimento e entendimento deles, bem como sugerir soluções sábias.

Defende o Pontifício Conselho para as Comunicações Sociais (2007, p. 07-10) que, assim como ocorre em outros meios de comunicação, a pessoa e a comunidade de indivíduos são centrais para avaliar uma ética na *Internet*, sendo que o princípio ético fundamental que deve guiar a utilização da rede é o de que a pessoa e a comunidade são a finalidade e a medida do uso dos meios de comunicação social; assim, o uso das novas tecnologias de informação e da *Internet* deverá ser ponderado e orientado por um compromisso voltado à prática da solidariedade e ao serviço do bem comum, promovendo a justiça, a paz e o amor.

Em um primeiro momento, a Moral irá nortear a ação do próprio usuário, que deixará de tomar certas atitudes porque, no seu íntimo, entende que contrariam a ética. "Poder-se-ia dizer que a pessoa é a medida da individualidade, pois quando um indivíduo se coloca perante o outro, respeitando-se reciprocamente, ambos se põem como pessoas" (REALE, 2002, p. 279). É nessa relação de respeito recíproco que se mostra presente o agir moral na *Internet*, ou seja, o respeito às leis éticas independentemente da existência de uma norma jurídica e da coação. Entretanto, no caso de um agente que não consiga controlar suas inclinações e aja de maneira contrária à moral, os usuários da rede irão lhe aplicar uma sanção, não necessariamente pré-estabelecida, mas que sempre possuirá um cunho repressivo. Justamente, na aplicação das regras morais entre os usuários independentemente de uma legislação específica prévia, ou seja, na elaboração de diretivas de ação pelos internautas que compõem o grupo social, se faz presente a autodisciplina enquanto um modo de regulamentação de conflitos prevalente no ciberespaço.

Assim, a possibilidade de ação dos usuários da *Internet* regulamentando as situações que nela ocorrem, aplicando sanções e denunciando violações é chamada pela doutrina de autorregulamentação, que pode ser conceituada como o *rol de condutas dos usuários do*

ciberespaço apto para determinar as suas ações no uso da rede mundial de computadores com o fim de estabelecer um agir ético unitário e sancionar aqueles que não o obedecem.

No entender de Paesani (2006, p. 19), a adequação da sociedade a uma autorregulamentação é um desafio atual, bem como o exercício da liberdade responsável sem os excessos da intervenção estatal. A autora defende a autorregulamentação porque ela traz uma possibilidade de uniformização de condutas sem prejuízo do caráter liberalista da rede. Nessa linha, explica Paesani (2006, p. 37):

das novas situações criadas, podem surgir contrastes de difícil composição entre os diversos sistemas de leis dos países interessados. O recurso direcionado à autodisciplina permitiria manter a liberdade da rede e, ao mesmo tempo, disciplinar toda forma de comportamento mantida na *Internet* por operadores e usuários.

Ainda neste sentido, reforça Lévy (2003, p. 186) que uma das facetas da democracia eletrônica consiste em encorajar a expressão e a elaboração dos problemas da cidade virtual pelos cidadãos, a auto-organização das comunidades eletrônicas locais e a participação nas deliberações por parte dos grupos diretamente afetados pelas decisões no ciberespaço.

Vale lembrar que "a chave para manejar as consequência éticas e morais da tecnologia enquanto a alimentação da economia cresce é *regular o uso* da tecnologia sem *banir ou restringir a sua criação*"³³ (tradução nossa) (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 14). Por isso, a autodisciplina na *Internet* surge como uma alternativa de qualidade para a solução dos conflitos no ciberespaço sem que se perca nos seus caracteres fundantes, de forte cunho liberal e democrático.

Há que se fazer uma observação final a respeito do conteúdo autodisciplinar: embora ele envolva predominantemente, e de forma mais relevante para este estudo, a previsão pelo grupo social de regras que se aproximam da Moral, também podem ser por ele abarcadas regras costumeiras, ou seja, de etiqueta - neste caso, a violação de um preceito de etiqueta é menos importante que o desrespeito a um preceito moral, não havendo a relação de compatibilidade com o Direito que autoriza a ponderação de direitos fundamentais caso a violação seja levada ao Poder Judiciário, diante da irrelevância do bem jurídico.

A soma das regras da autodisciplina na *Internet*, das que se aproximam mais da Moral e das que se correlacionam à etiqueta social, tem recebido o nome de *netiqueta*, inclusive sendo comum a divulgação de diversos códigos de ética para determinados grupos e cartilhas com diretrizes gerais para o agir ético no ciberespaço.

³³ No original: "The key to managing the ethical and moral consequences of technology while nourishing economic growth is to *regulate the use* of technology without *banning or restricting its creation*."

A *Wikipédia*, que constitui uma espécie de enciclopédia livre eletrônica, diariamente atualizada pelos próprios usuários da *Internet*, traz uma página específica abordando o que seria a netiqueta e qual o seu conteúdo, destacando que se tratam de regras criadas paulatinamente pelos próprios usuários, buscando uniformizar a conduta desses na *Internet*, tanto sob o aspecto da moral, quanto sob o aspecto dos costumes.

Netiqueta é uma etiqueta que se recomenda observar na *Internet*. A palavra pode ser considerada como uma gíria, decorrente da fusão de duas palavras: o termo inglês *net* (que significa "rede") e o termo "etiqueta" (conjunto de normas de conduta sociais). Trata-se de um conjunto de recomendações para evitar mal-entendidos em comunicações via *Internet*, especialmente em e-mails, chats, listas de discussão, etc. Serve, também, para regrar condutas em situações específicas [...] Estas regras de etiqueta aplicadas à *Internet* não são oficiais, nem estão documentadas em nenhum lugar. (WIKIPÉDIA, 2012b).³⁴

Por exemplo, não criar uma página ofensiva a outrem na rede é uma atitude moral, por exteriorizar o valor do respeito ao próximo, relevante a ponto de ser um dever jurídico, posto que a honra é um bem jurídico relevante; já não utilizar apenas letras maiúsculas para se comunicar e não abusar dos recursos gráficos são regras de etiqueta, posto que o incômodo proporcionado não afeta gravemente aquele que recebe a mensagem, embora possa ser inconveniente e até mesmo soar agressivo, o que é insuficiente para atingir um bem jurídico relevante e permitir a intervenção subsidiária do Direito pela normativa constitucional.

As afirmações de que a autodisciplina despontou como uma tendência na rede mundial de computadores existem, mas ainda não se sabe ao certo como propiciar que o conteúdo autodisciplinar seja cada vez mais condizente com os preceitos éticos consolidados em sociedade e, com isso, cumprido de uma forma crescente, questões que serão estudadas daqui em diante, não sem antes compreender as justificativas e a validade desta tendência.

3.2 Justificativas para um predomínio da autodisciplina no ciberespaço

Não é qualquer técnica que está apta a criar um novo modo de vida social. Tal aptidão é conferida por um peculiar conjunto de características, algumas de cunho técnico, outras de caráter pessoal. Mais do que se articularem, as características perceptíveis de plano numa determinada técnica são complementadas pelo tratamento social deste conjunto, gerando outros caracteres tão relevantes quanto. A *Internet* possui um conjunto de aspectos que a marcam de uma relevância notável, os quais explicam em grande parte o porquê da

³⁴ Utiliza-se o conceito do site Wikipédia porque seu conteúdo é construído e atualizado pelos próprios internautas, ora agentes envolvidos nesta ordem social autônoma que é o ciberespaço.

autodisciplina ter se tornado uma tendência, algo que pode ser resumido na dificuldade de controle estatal e na retomada da consciência individual.³⁵

O ponto importante é que a regularidade de certa conduta dos elementos irá determinar o caráter geral da ordem resultante mas não todos os detalhes de suas manifestações particulares. A maneira particular na qual a ordem abstrata resultante irá manifestar a si mesma irá depender, em adição às regras que governam as ações dos elementos, de sua posição inicial e de todas as circunstâncias particulares do ambiente imediato para as quais cada um deles irá reagir no curso da formação desta ordem. (tradução nossa). (HAYEK, 1998, p. 40).³⁶

Assim, a recepção sob um determinado formato de características na rede mundial de computadores pelos agentes humanos que a integram e pela própria estrutura técnica a ela inerente permite compreender o porquê da autodisciplina ter se firmado como uma tendência.

a) *Incompatibilidade entre uma rede difusa, de intensa modificação, e as fronteiras de controle estatal*: fluxo de informações intenso e mutável acrescido da relativização dos conceitos de espaço e tempo são as características do ciberespaço que, sob o aspecto exclusivamente técnico, mais dificultam o controle estatal, algo que facilita o fortalecimento de uma ordem social autônoma autodisciplinar. Basta pensar numa informação que parta do habitante de um país, estando hospedada em outro, produzindo reflexos num terceiro - esta é a desterritorialização da *Internet* -; sendo que ela poderá ser facilmente multiplicada, apagada ou alterada, tornando os rastros da violação ética praticamente deletados - no que se percebe a implicação da existência de um fluxo de informações imensurável e constante.

De início, a evolução técnica facilitou o controle sobre um grande território, permitindo que a intervenção estatal se ampliasse diante da possível observação de todos aqueles que vivem em sociedade, de acordo com o descrito por Russel (2005, p. 25-26):

mas desde a vinda do vapor e do telégrafo tem se tornado muito mais fácil do que era antes manter um território vasto, e desde a vinda da educação universal tem se tornado mais fácil instilar mais ou menos lealdade artificial ao longo de uma grande população. [...]

Todos estes desenvolvimentos modernos aumentam o controle sobre as vidas dos indivíduos possuído por aqueles que governam grandes organizações, e ao mesmo tempo faz algumas grandes organizações muito mais produtivas que um número de pequenas organizações. A curto prazo em todo o planeta

³⁵ O tópico 2.3 permite compreender quais são estas características e em que elas consistem, razão pela qual recomenda-se um retorno ao mesmo para que no presente tópico seja possível se ater exclusivamente à contribuição deste conjunto de aspectos que levam ao predomínio da autodisciplina na rede.

³⁶ No original: "The important point is that the regularity of the conduct of the elements will determine the general character of the resulting order but not all the detail of its particular manifestation. The particular manner in which the resulting abstract order will manifest itself will depend, in addition to the rules which govern the actions of the elements, on their initial position and on all the particular circumstances of the immediate environment to which each of them will react in the course of the formation of that order".

não há limite visível às vantagens de tamanho, tanto nas organizações políticas quanto nas econômicas.

Chego agora a um outro levantamento de aproximadamente os mesmos desenvolvimentos governamentais a partir de um ponto de vista diferente. Controle governamental sobre as vidas dos membros da comunidade se diferiu através da história, não apenas no tamanho da área governamental, mas na intensidade de sua interface na vida individual. (tradução nossa).³⁷

O tamanho da área governamental deixou de ser tão importante numa rede totalmente difusa, não delimitada pelas tradicionais fronteiras estatais, em que as informações que circulam constantemente não podem ser mensuradas. Com certeza, o pensador não imaginou que a evolução técnica beiraria na criação de uma ordem social autônoma que é o ciberespaço, na qual os limites territoriais perderam em muito sua importância. Isso implicou na necessidade de que a sociedade tomasse as rédeas a respeito do rumo que almeja numa era informatizada, na qual a força do indivíduo voltou a ser relevante, notadamente sob o aspecto do controle das informações, conforme exposto por Abelson, Ledeen e Lewis (2008, p. 294):

a universalidade de *bits* dá à humanidade uma oportunidade rara. Estamos em uma posição de decidir sobre uma visão abrangente de informações. Podemos ser obrigados no futuro por primeiros princípios, não por contingências históricas. Nos EUA, a explosão digital tem surpreendido muito do envolvimento tecnológico tornando obscura a Primeira Emenda. Sabendo que informação é apenas *bits*, todas as sociedades serão confrontadas com perguntas duras sobre onde a informação deve ser aberta, onde deve ser controlada e onde deve ser banida. (tradução nossa).³⁸

Decidir a respeito do controle das informações em fluxo intenso e mutável que passam por uma rede globalmente difusa não pode ser algo que caiba exclusivamente ao Estado, posto que sua soberania não pode atingir o âmbito mundial que o ciberespaço ocupa. No máximo, um Estado pode trabalhar para que dentro de seu território o cumprimento das regras de conduta estabelecidas para - e pelos - internautas seja o maior possível, mas nada disso seria viável sem a participação ativa dos interessados na elaboração destas diretrizes,

³⁷ No original: "But since the coming of steam and the telegraph it has become much easier than it was before to hold a large territory, and since the coming of universal education it has become easier to instill more or less artificial loyalty throughout a large population. [...]"

All of these modern developments increase the control over the lives of individuals possessed by those who govern large organisations, and at the same time make a few large organisations much more productive than a number of smaller ones. Short of the whole planet there is no visible limit to the advantages of size, both in economic and in political organisations.

I come now to another survey of roughly the same governmental developments from a different point of view. Governmental control over the lives of members of the community has differed throughout history, not only in the size of the governmental area, but in the intensity of its interference with individual life".

³⁸ No original: "The universality of bits gives mankind a rare opportunity. We are in a position to decide on an overarching view of information. We can be bound in the future by first principles, not historical contingencies. In the U.S., the digital explosion has blown away much of the technological wrapping obscuring the First Amendment. Knowing that information is just bits, all societies will be faced with stark questions about where information should be open, where it should be controlled, and where it should be banned".

posto que o descumprimento delas fora do âmbito de controle daquele Estado dificilmente poderá ser punido de forma eficaz. Sobre a dificuldade de controle das ordens sociais autônomas, entende Hayek (1998, p. 42):

em consequência, o grau de controle do poder sobre a expansiva e mais complexa ordem será muito menos que o que podíamos exercer sobre uma ordem feita ou *taxis*. Existirão muitos aspectos desta sobre os quais não iremos possuir controle algum, ou pelo menos nós não estaremos aptos a alterá-los sem interferir com - e a medida em que impedem - as forças produtoras de ordens espontâneas. Qualquer desejo que nós possamos ter concernentes à posição particular dos elementos individuais, ou à relação entre indivíduos particulares ou grupos, não pode ser satisfeito sem perturbação da ordem global. O tipo de poder que a respeito disso nós poderíamos possuir sobre um arranjo concreto ou *taxis* nós não teremos sobre uma ordem espontânea que nós conheçamos, e estaremos aptos a influenciar apenas os aspectos abstratos. (tradução nossa).³⁹

Como dito, a punição eficaz de um ato contrário às diretivas éticas do ciberespaço que transcenda os limites territoriais de um único Estado é muito mais difícil, mas não uma questão sem solução. A resposta parece estar na necessidade de uma maior cooperação global entre os países e, embora os interesses egoísticos instintivos originários do seres humanos ainda se façam presentes, é visível que as perspectivas éticas da sociedade da informação ganham cada vez mais força. Segundo Russel (2005, p. 17), muitos são os elementos que favorecem a cooperação mundial, como religião, moralidade e sobrevivência biológica, apesar dos instintos que levam o indivíduo a acreditar que amar todos os que vivem em sociedade é impossível, isto é, que alguma dose de ódio é necessária. Contudo, destaca o Pontifício Conselho para as Comunicações Sociais (2007, p. 26) que "a característica transnacional e vinculadora e o seu papel na globalização exigem a cooperação internacional na definição dos padrões e na determinação dos mecanismos destinados a promover e a proteger o bem comum internacional".

Já que o controle de um fluxo de informações intenso e mutável, disperso por uma rede difusa global que é a *Internet*, dificulta o controle estatal nos moldes tradicionais, a tendência é que o papel do indivíduo adquira maior importância, e é justamente nisto que consiste a tendência pela autodisciplina. Se a participação dos agentes sociais como um todo é

³⁹ No original: "In consequence, the degree of power of control over the extended and more complex order will be much smaller than that which we could exercise over a made order or *taxis*. There will be many aspects of it over which we will possess no control at all, or which at least we shall not be able to alter without interfering with - and to that extent impeding - the forces producing the spontaneous order. Any desire we may have concerning the particular position of individual elements, or the relation between particular individuals or groups, could not be satisfied without upsetting the overall order. The kind of power which in this respect we would possess over a concrete arrangement or *taxis* we would not have over a spontaneous order where we would know, and be able to influence, only the abstract aspects".

necessária para que o respeito aos ditames éticos seja uma realidade no ciberespaço, inevitável que se confira a eles uma verdadeira autonomia para delinear os caminhos que devem ser traçados, fundamentando-se a autodisciplina.

b) *Maior liberdade conferida aos internautas, permitindo que as possibilidades de escolha se ampliem, o que gera uma vasta gama de relações jurídico-sociais, que dificilmente poderão ser reguladas de forma taxativa*: uma dificuldade natural de regulamentação surge quando o número de relações jurídico-sociais possíveis é amplo. Na *Internet*, este número é inestimável, o que pode ser percebido porque de tempos em tempos surge uma nova utilização até então não imaginado, por exemplo, há uma década a febre eram os *blogs* e *fotologs*, bem como os sites de busca, hoje em dia as redes sociais mudaram o foco da *Web* ao possibilitar uma interação sem precedentes entre os usuários. Tudo isto parece ser resultado da maior liberdade conferida ao internauta, notadamente para manifestar seu pensamento e buscar as informações que lhe sejam úteis, algo que se incorporou em seu modo de vida.

Para Russel (2005, p. 12), a vida social de determinados animais é mecânica, precisa e estática, como a das antas e abelhas, mas a vida humana deve ter um elemento de turbulência para que ele possa escapar da estagnação evolucionária. Parece que a rede mundial de computadores conferiu o que muitos consideram um elemento de turbulência necessário para a vida social, consistente no poder de se fazer ouvir e de conhecer coisas que antes não estavam ao alcance. Neste contexto que ocorreu uma alteração substancial nos modos de relacionamentos pessoais, a qual é constante.

Expõem Abelson, Ledeen e Lewis (2008, p. 231):

a explosão nas comunicações digital confundiu suposições de longa data sobre os relacionamentos humanos - como pessoas se conhecem, como elas chegam a conhecer uma a outra, e como elas decidem se irão confiar uma na outra. Ao mesmo tempo, a explosão na informação digital, em forma de páginas na *Web* e fotografias que podem ser baixadas, colocou ao alcance de milhões materiais que há apenas alguns anos atrás ninguém poderia encontrar sem grande esforço e gasto. Dissidentes políticos em cibercafés chineses podem (se eles ousarem) ler blogs pró-democráticos. Pessoas ao redor de todo o mundo que estão envergonhadas sobre sua doença, famintas por informações sobre sua identidade sexual ou ansiosas para se conectarem com outros indivíduos de sua minoria religiosa podem encontrar fatos, opiniões, avisos e companhia. E crianças muito pequenas para saírem de casa sozinhas podem assistir pornografia lúgubre nos seus computadores familiares em suas casas. Podem sociedades não mais controlarem o que seus membros vêem e com quem conversam? (tradução nossa).⁴⁰

⁴⁰ No original: "The explosion in digital communications has confounded long-held assumptions about human relationships - how people meet, how they come to know each other, and how they decide if they can trust each other. At the same time, the explosion in digital information, in the form of web pages and downloadable

Se tornou praticamente impossível impedir que uma pessoa conheça ou veja algo que tenha interesse, isto é, tornou-se difícil impedir que determinada opinião chegue aos demais que convivem em sociedade, ainda que seja possível monitorar estas questões por meio dos registros guardados. Os inúmeros modos de relacionamentos estabelecidos entre os indivíduos geralmente envolvem alguma relação de entrega ou busca de informação, o que diminui substancialmente a ignorância da população a respeito dos fatos sociais, dificultando um controle estatal rigoroso sobre todas as decisões sociais.

A atual revolução tecnológica se caracteriza não pela centralidade de conhecimentos e informação, mas pela aplicação destes conhecimentos para a geração de outros conhecimentos e de dispositivos de processamento da informação, em um ciclo contínuo de uso e realimentação (CASTELLS, 2006, p. 69). Logo, todos estão aptos a conhecer e a produzir conhecimento na sociedade da informação.

Não se pode olvidar, como aduz Hayek (1998, p. 12), a existência da

[...] ignorância necessária e irremediável por parte de todos da maior parte dos fatos particulares que determinam as ações de todos os diversos membros da sociedade humana. Isto pode parecer à primeira vista ser um fato tão evidente e incontestável, tanto que dificilmente merece menção, e menos ainda exige provas. [...] No entanto, esta ignorância necessária da maioria dos particulares que entram na ordem de uma Grande Sociedade é a fonte do problema central de toda a ordem social e do falso pressuposto pelo qual o que é provisoriamente posto de lado quase nunca é explicitamente abandonado, mas apenas convenientemente esquecido. O argumento que prossegue é o de como se a ignorância não importasse. (tradução nossa)⁴¹.

Prossegue Hayek (1998, p. 13) expondo que "o fato de nossa irremediável ignorância da maioria dos fatos particulares que determinam o processo da sociedade é, no entanto, a razão pela qual a maioria das instituições sociais tomaram a forma que atualmente possuem" (tradução nossa)⁴². Em outras palavras, a sociedade assume a estrutura que tem, diga-se de passagem de uma constante ingerência na vida do indivíduo, porque é fácil controlar quem

photographs, has put at the fingertips of millions material that only a few years ago no one could have found without great effort and expense. Political dissidents in Chinese Internet cafés can (if they dare) read pro-democracy blogs. People all around the world who are ashamed about their illness, starved for information about their sexual identity, or eager to connect with others of their minority faith can find facts, opinion, advice, and companionship. And children too small to leave home by themselves can see lurid pornography on their families home computers. Can societies anymore control what their members see and to whom they talk?"

⁴¹ No original: "[...] the necessary and irremediable ignorance on everyone's part of most of the particular facts which determine the actions of all the several members of human society. This may at first seem to be a fact so obvious and incontestable as hardly to deserve mention, and still less to require proof. [...] Yet this necessary ignorance of most of the particulars which enter the order of a Great Society is the source of the central problem of all social order and the false assumption by which it is provisionally put aside is mostly never explicitly abandoned but merely conveniently forgotten. The argument then proceeds as if that ignorance did not matter".

⁴² No original: "The fact of our irremediable ignorance of most of the particular facts which determine the processes of society is, however, the reason why most social institutions have taken the form they actually have".

não se comunica e não se conhece, contexto que muda na rede mundial de computadores com sua gama de relações inestimável, aproximando individualidades de todo o gênero. Aliás, o distanciamento entre os indivíduos é apontado por Russel (2005, p. 23-24) como fundamento para a posição central do governo no comando social:

quando a unidade torna-se grande demais para que todos seus membros conheçam-se uns aos outros, então torna-se necessário que algum mecanismo para mediar as decisões coletivas e esse mecanismo inevitavelmente desenvolve-se em estágios até algo que o homem moderno poderia reconhecer como o governo. [...]

Nestas comunidades (com um forte governo central) apenas uma minoria no topo da escala social - o rei, a aristocracia, e os sacerdotes - precisou de um mecanismo psicológico para a coesão social, todo o resto meramente obedeceu. (tradução nossa)⁴³.

Numa sociedade em que os modos de relacionamentos entre as pessoas passam por modificações constantes e, mais do que isso, aproximam as mais diversas individualidades que no plano físico dificilmente teriam contato, dá-se uma ampliação das esferas da liberdade de acesso e divulgação da informação. Não obstante, uma variedade infindável de relações jurídico-sociais possíveis impede qualquer regulamentação taxativa. Tudo isto, aliado, dificulta a regulamentação estatal, posto que a vontade destas individualidades deverá ser levada em conta e que é muito difícil estabelecer um rol fechado de modos de relações possíveis no ciberespaço. Diante desta perspectiva, natural que ganhe força a tendência pela autodisciplina, cujo foco está justamente no internauta e na facilitação do estabelecimento de regras de plano quando um modo de relacionamento não previsto surgir.

c) Fácil adaptação dos internautas à autonomia que a rede proporciona, o que tem gerado uma retomada da consciência individual e uma vontade de fazer as escolhas individuais, implicando numa perda de espaço do paternalismo estatal na rede: o Estado somente ocupa um espaço que lhe é dado pela população, sendo perceptível uma tendência geral de aceitação de uma crescente ingerência. No entanto, isso não parece acontecer no ciberespaço, provavelmente porque os internautas apreciam a autonomia que lhe foi conferida pela rede e não querem abrir mão dela facilmente. Dificultando-se o controle estatal para que não se perca em liberdade, natural que prevaleça a autodisciplina.

Ao tratar das individualidades que permitem a evolução social, Russel (2005, p. 37) denota uma preocupação com a ausência de algum controle sobre a iniciativa individual:

⁴³ No original: "When a unit became too large for all its members to know each other, there would come to be a need of some mechanism for arriving at collective decisions, and this mechanism would inevitably develop by stages into something that a modern man could recognize as government. [...] In such a community only a minority at the top of the social scale - the king, the aristocracy, and the priests - needed any psychological mechanism towards social cohesion; all the rest merely obeyed".

tem sido sempre uma tendência nas sociedades altamente organizadas para as atividades de tais indivíduos serem indevidamente prejudicadas, mas de outro lado, se a comunidade não exercer um controle, o mesmo tipo de iniciativa individual que pode produzir um inovador valioso pode também produzir um criminoso. O problema, como todos aqueles com os quais nós temos nos preocupado, é o da balança; muito pouca liberdade traz estagnação, e muita traz caos. (tradução nossa).⁴⁴

A autonomia individual já foi muitas vezes jogada ao limbo social, perdendo para uma força aparentemente muito mais forte que seria o Estado. Com efeito, se tornou comum o uso de um sentido pejorativo à racionalidade humana, bem como a afirmação de que o homem não seria capaz de por si só tomar as melhores decisões, sempre precisando de um guia supremo, o ente estatal. Devido ao construtivismo racionalista, até hoje há preferência

[...] por tudo que é feito "conscientemente" ou "deliberadamente", e dela deriva o significado pejorativo que os termos "irracional" ou "não-racional" agora têm. Devido a esta presunção anterior em favor das tradicionais ou estabelecidas instituições, veio a presunção contrária dos usos em relação a elas, e "opinião" passou a ser vista como "mera" opinião - algo não demonstrável ou determinável pela razão e que, portanto, não poderia ser aceita como um fundamento válido para a decisão. (tradução nossa)⁴⁵ (HAYEK, 1998, p. 11).

A tomada de decisões pelo indivíduo tem um quê de instintivo, não podendo este termo ser tomado como sinônimo de irracionalidade. O bom senso do ser humano é real, como já foi reconhecido filosoficamente por pensadores como Kant, ao reconhecer apenas a existência de uma autonomia da vontade concernente à razão prática como válida em oposição a uma heteronomia do livre-arbítrio que não seria fruto legítimo da humanidade.

A formação de ordens sociais autônomas é um processo delicado, posto que nenhuma ordem pode se consolidar sem o estabelecimento de regras de justa conduta:

[...] numa ordem social de circunstâncias particulares para as quais cada indivíduo irá reagir serão aqueles conhecidos por ele. Mas as respostas individuais a circunstâncias particulares irá resultar numa ordem global

⁴⁴ No original: "There is always a tendency in highly organised society for the activities of such individuals to be unduly hampered, but on the other hand, if the community exercises no control, the same kind of individual initiative which may produce a valuable innovator may also produce a criminal. The problem, like all those with which we are concerned, is one of balance; too little liberty brings stagnation, and too much brings chaos".

⁴⁵ No original: "[...] for everything that is done 'consciously' or 'deliberately', and from it the terms 'irrational' or 'non-rational' derive the derogatory meaning they now have. Because of this the earlier presumption in favor of traditional or established institutions and usages became a presumption against them, and 'opinion' came to be thought of as 'mere' opinion - something not demonstrable or decidable by reason and therefore not to be accepted as a valid ground for decision."

apenas se os indivíduos obedecerem tais regras como se fossem produzir uma ordem. (tradução nossa)⁴⁶. (HAYEK, 1998, p. 44).

A ordem social autônoma é formada por regras, não por caos. A única diferença é que a criação destas regras parte dos próprios agentes envolvidos, algo que parece estar sendo razoavelmente recepcionado pelos internautas, apesar de certas colisões de direitos. Logo, fica difícil o Estado prevalecer sobre uma ordem com regras próprias que refletem o máximo possível as reais impressões dos que utilizam a rede. Hayek (1998, p. 29) é favorável a um racionalismo que signifique fazer a razão o mais efetiva possível, mas não a um que busque tratar as ações humanas como plenamente determináveis. Não se pretende defender que a ordem social autônoma seja cheia de regras expressas e fechadas, elaboradas em cada situação mínima de conflito. Contudo, entende-se que a partir do momento em que o indivíduo resolve tomar as decisões a respeito de seu rumo e possui um espaço suficiente para tanto, a autodisciplina surge como o único caminho, ora baseado na razão humana.

d) *A liberdade ampliada faz com que a vontade dos internautas forme tendências difíceis de serem combatidas, o que aos poucos se forma uma ordem social autônoma*: no exercício da autodisciplina no ciberespaço os internautas estabelecem regras de justa conduta entre si, as quais dificilmente poderão ser combatidas por agentes externos. A partir do momento em que é formada uma tendência de ação entre os internautas, ficará complicado para quem não pertença ao mundo do ciberespaço ir contra ela. Não significa que os direitos assegurados no plano físico poderão ser desrespeitados, até mesmo porque eles são - notadamente os da esfera constitucional - bases teóricas para a elaboração das regras autodisciplinares, mas que talvez seja necessária uma releitura destes para a aplicação eficaz.

Não é possível defender uma inalterabilidade no conteúdo correspondente a uma garantia inata ao ser humano, tendo em vista que a sociedade está em constante evolução, podendo fazer surgir uma nova necessidade que limite tal salvaguarda. Entende Hayek (1998, p. 19) que é suficiente ter conhecimento de que em geral os comportamentos humanos que decorrem de uma regra de conduta estabelecida costumam ser bastante constantes, principalmente se de fato partirem de um exercício espontâneo da moralidade:

o ponto importante é que todo homem crescendo numa cultura dada irá encontrar nele mesmo regras, ou poderá descobrir que ele age em concordância com estas regras - e irá similarmente reconhecer as ações dos outros em conformidade ou não com várias regras. Isto, naturalmente, não prova que elas são uma permanente ou inalterável parte da natureza, ou que

⁴⁶ No original: "[...] in a social order the particular circumstances to which each individual will react will be those known to him. But the individual responses to particular circumstances will result in an overall order only if the individuals obey such rules as will produce an order".

são inatas, mas provam apenas que elas são parte de um comportamento cultural que é provável ser bastante constante, especialmente enquanto elas não forem articuladas em palavras e portanto também não discutidas ou conscientemente examinadas. (tradução nossa)⁴⁷.

As consequências da formação de tendências numa ordem social autônoma, como o é o ciberespaço, são imprevisíveis. É possível que algumas delas entrem em conflito direto com as regras da ordem social organizada e, dependendo da força que possuam, gerem mudanças nela. Quer dizer, pode ser que uma tendência se torne tão forte no ciberespaço que o Direito não veja outra alternativa senão adaptar-se ao novo contexto. A respeito desta imprevisibilidade das circunstâncias geradas pela formação de tendências na ordem social autônoma, Hayek (1998, p. 41) descreve:

desde que uma ordem espontânea resulte de elementos individuais adaptando-se uns aos outros a circunstâncias que diretamente afetam apenas alguns deles, e que em sua totalidade não precisam ser conhecidos por qualquer um, isto pode estender a circunstâncias tão complexas que não poderão ser compreendidas pela mente. (tradução nossa).⁴⁸

Na *Internet*, talvez o maior exemplo de tendência com grande força que se formou e tem sido combatida com dificuldades pelos juristas, notadamente por ser contrária ao que a legislação usualmente estabelece, é dos *downloads* de quaisquer conteúdos, sem preocupação de existir ou não permissão do legítimo titular dos direitos patrimoniais do autor. A princípio, a maioria defendeu que eles não seriam permitidos, mas a força dos internautas tem gerado uma revisão de postura, inclusive por parte de alguns titulares deste direito de propriedade intelectual. Ocorre que se percebeu um conflito de princípios no qual a questão patrimonial mereceria uma relativização, pois a liberdade de informação pela primeira vez despontava como uma possibilidade concreta que alteraria substancialmente as perspectivas humanas.

Ainda não há uniformidade de postura e as controvérsias estão longe de terminar, mas é perceptível que a tendência do ciberespaço tem gerado mudanças em matéria dos direitos de propriedade intelectual, tamanha a força da massa de internautas que defendem a liberdade de informação com afinco.

⁴⁷ No original: "The important point is that every man growing up in a given culture will find in himself rules, or may discover that he acts in accordance with rules-and will similarly recognize the actions of others as conforming or not conforming to various rules. This is, of course, not proof that they are a permanent or unalterable part of 'human nature', or that they are innate, but proof only that they are part of a cultural heritage which is likely to be fairly constant, especially so long as they are not articulated in words and therefore also are not discussed or consciously examined".

⁴⁸ No original: "Since a spontaneous order results from the individual elements adapting themselves to circumstances which directly affect only some of them, and which in their totality need not be known to anyone, it may extend to circumstances so complex that no mind can comprehend them all".

A *Recording Industry Association of America* (RIAA) ajuizou mais de 26 mil demandas judiciais por *download* ilegal desde 2003, a partir de uma prévia busca de computadores que estariam hospedando músicas, identificando suspeitos. Por mais que esta atuação não seja livre de falhas, este órgão responsável pela indústria musical norte-americana não vê outro modo de fazer pararem os *downloads*, considerando que está vendo seus produtos serem distribuídos de graça e correndo o risco de ser demandada pelos artistas cujos direitos autorais deveria proteger. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 196-197). No entanto, a problemática perpassa por um novo contexto cultural, decorrente das possibilidades técnicas existentes a partir da criação da *Internet*:

antes da *Internet*, o que uma pessoa comum poderia fazer para infringir os direitos autorais - fazer cinquenta cópias de um livro e vendê-lo no mercado de rua? Isto seria certamente uma infração. Mas também seria preciso muito trabalho, e a perda financeira para o detentor dos direitos autorais seria insignificante. De todos os deslocamentos da explosão digital, a perda do equilíbrio nos direitos autorais é a mais rancorosa. Pessoas comuns podem agora sem esforço copiar e distribuir informação em escala massiva. Ouvintes colidem com uma indústria do conteúdo cuja economia depende de pessoas comuns não fazerem precisamente isto. (tradução nossa)⁴⁹. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 198).

Não há dúvidas que talvez fosse conveniente, principalmente para a indústria musical e literária, a manutenção da garantia de direitos patrimoniais do autor nos mesmos moldes, mas o efeito potencializador da *Internet* dificulta isto. Todavia, "se a escolha entre liberdade e coerção é assim tratada como uma questão de conveniência, liberdade é obrigada a ser sacrificada em quase toda instância" (tradução nossa)⁵⁰ (HAYEK, 1998, p. 57). Optar pelo mesmo quadro de proteção do direito patrimonial do autor, inevitavelmente, restringirá a liberdade de informação, o que pode não ser benéfico sob o aspecto da construção de uma sociedade melhor. Discorre Hayek (1998, p. 56-57):

desde que o valor da liberdade repouse nas oportunidades que prevê para ações imprevistas e imprevisíveis, nós raramente iremos saber o que perdemos através de uma restrição particular da liberdade. Qualquer desta restrição, qualquer coerção que não seja o cumprimento das regras gerais, irá

⁴⁹ No original: "Although the digital explosion may have blown the legal penalties for infringement out of realistic proportion to the offense, it has also brought a more fundamental change: that the public is now concerned with copyright at all. Before the Internet, what could an ordinary person do to infringe copyright - make fifty photocopies of a book and sell them on the street corner? That would surely be infringement. But it would also be a lot of work, and the financial loss to the copyright holder would be insignificant. Of all the dislocations of the digital explosion, the loss of the copyright balance is the most rancorous. Ordinary people can now effortlessly copy and distribute information on a massive scale. Listeners clash with a content industry whose economics relies on ordinary people not doing precisely that".

⁵⁰ No original: "If the choice between freedom and coercion is thus treated as a matter of expediency, freedom is bound to be sacrificed in almost every instance".

visar a realização de algum resultado previsível específico, mas o que é impedido por isso normalmente não será conhecido. (tradução nossa)⁵¹.

A formação de tendências pelos internautas é algo natural se considerado o caráter autônomo da ordem social que é a *Internet*. Tendo em vista que os usuários não pretendem abrir mão desta liberdade que é a própria configuradora da rede mundial de computadores, a formação de tendências continuará, às vezes exigindo a releitura de algumas regras jurídicas consolidadas no plano físico, algo que não poderá ocorrer sem a participação dos interessados, justificando-se a autodisciplina.

Com efeito, o conjunto de características inerentes à dinâmica do ciberespaço servem de fundamento para que a autodisciplina se torne uma tendência, isto é, ela é praticamente inevitável se não se pretender retirar a configuração atribuída à rede. Todavia, algo existente por encontrar justificativas para tanto nem sempre é válido, ou seja, nem sempre produz os efeitos sociais benéficos esperados, o que é objeto de estudo do tópico que segue.

3.3 Validade de um autorregramento na rede

A autodisciplina na *Internet* é uma realidade devido à estrutura por ela proporcionada, o que não impede uma discussão a respeito do que a valida sob o aspecto do benefício para a sociedade. São dois os argumentos que despontam como favoráveis ao predomínio do autorregramento no ciberespaço: de um lado, a conferência de novos rumos à autonomia individual pela retomada de consciência pessoal; de outro lado, a maior democratização possível numa sociedade em que o Estado somente interfira quando estritamente necessário.

a) *A retomada da consciência individual pelo reforço da autonomia pessoal, tantas vezes deixada de lado, é benéfica para a sociedade, permitindo que todos participem de forma ativa na construção do bem comum:* com o passar do tempo, a ideia de que cada homem era responsável sozinho por suas ações foi perdendo forças, até que se consolidou um pensamento de que todas as regras de justa conduta são impostas aos indivíduos por um ente supremo estatal ou então elaboradas por pessoas com um notável conhecimento específico; mas a *Internet* permitiu que o ser humano voltasse os olhos para sua individualidade, passando a acreditar em seu poder de influenciar nas decisões sociais.

⁵¹ No original: "Since the value of freedom rests on the opportunities it provides for unforeseen and unpredictable actions, we will rarely know what we lose through a particular restriction of freedom. Any such restriction, any coercion other than the enforcement of general rules, will aim at the achievement of some foreseeable particular result, but what is prevented by it will usually not be known".

Tratando das diversas individualidades humanas que permitem a evolução social, Russel (2005, p. 37) descreve:

mas, como os homens crescem mais civilizados, esta vem a ser uma diferença crescente entre a atividade de um homem e de outro, e uma comunidade precisa, se é para prosperar, de um certo número de indivíduos não totalmente conformes com o tipo geral. Praticamente todo o progresso, artístico, moral e intelectual, tem dependido de tais indivíduos, que têm sido um fator decisivo na transmissão da barbárie à civilização. (tradução nossa)⁵².

Sem autonomia não é possível que as personalidades dos indivíduos se formem e, sem esta formação, nada de novo é criado. Para que a sociedade da informação presencie uma real mudança de perspectivas, vendo novas criações surgirem juntamente com uma diferente postura social individual que seja mais humanista e preocupada com o bem da coletividade, é preciso confiar na capacidade de cada um criar um mundo melhor. Logo, o indivíduo deve ter o máximo de espaço livre possível para se desenvolver sem amarras e reaprender a ver a sociedade em que vive. Afinal, não procede a afirmação de que o elemento inerente à racionalidade humana, que tantas vezes não permite a expressão taxativa do que é correto mas cria o sentimento comum e difuso neste sentido, é falho, conforme Hayek (1998, p. 11):

simplesmente não é verdade que nossas ações devem sua eficácia exclusivamente ou principalmente ao conhecimento que podemos afirmar em palavras e que pode portanto constituir as explícitas premissas de um silogismo. Muitas das instituições da sociedade que são condições indispensáveis para o exercício bem sucedido de nossos objetivos conscientes são na verdade o resultado de costumes, hábitos ou práticas que foram nem inventados nem são observados com qualquer desses efeitos em vista. Vivemos em uma sociedade na qual podemos nos orientar com sucesso, e em que nossas ações têm uma boa chance de alcançar os seus objetivos, não só porque nossos companheiros são regidos por objetivos conhecidos ou conexões conhecidas entre meios e fins, mas porque eles também são confinados por regras cuja finalidade ou origem, muitas vezes, não sabem e de cuja existência não temos muitas vezes consciência. (tradução nossa)⁵³.

⁵² No original: "But as men grow more civilised there comes to be an increasing difference between one man's activities and another's, and a community needs, if it is to prosper, a certain number of individuals who do not wholly conform to the general type. Practically all progress, artistic, moral, and intellectual, has depended upon such individuals, who have been a decisive factor in the transition from barbarism to civilisation".

⁵³ No original: "It is simply not true that our actions owe their effectiveness solely or chiefly to knowledge which we can state in words and which can therefore constitute the explicit premises of a syllogism. Many of the institutions of society which are indispensable conditions for the successful pursuit of our conscious aims are in fact the result of customs, habits or practices which have been neither invented nor are observed with any such purpose in view. We live in a society in which we can successfully orientate ourselves, and in which our actions have a good chance of achieving their aims, not only because our fellows are governed by known aims or known connections between means and ends, but because they are also confined by rules whose purpose or origin we often do not know and of whose very existence we are often not aware".

O cumprimento das regras justas de conduta, ao contrário do que tem sido defendido desde que o Estado surgiu como força social dominante, não depende tanto quando se imagina da disciplina jurídica, isto é, a razão humana permite que cada qual saiba - ainda que sem descrever expressa ou taxativamente - qual o agir ético esperado. Assim, como afirma Reale (2002, p. 677), "não resta dúvida que não são motivos estritamente jurídicos que levam os homens a agir em conformidade com o Direito". A autonomia individual também é responsável pela não violação dos preceitos éticos, mostrando-se válido um cenário na qual ela figure como agente impulsionador. Não obstante, há a sensação de que algo está errado na democracia que se consubstancia predominantemente na forma indireta:

entre as coisas que estão em perigo de serem desnecessariamente sacrificadas para a igualdade democrática, talvez a mais importante seja o respeito próprio. Pelo respeito próprio eu denoto a boa parcela de orgulho - que é chamada "orgulho próprio". A parcela ruim é o senso de superioridade. Respeito próprio irá salvar um homem de ser abjeto quando ele está em poder de inimigos, e irá capacitá-lo a sentir-se que ele pode ter razão quando o mundo está contra ele. Se um homem não tem esta qualidade, ele irá sentir que a opinião majoritária, ou opinião governamental, é para ser tratada como infalível, e tal modo de sentimento, se é geral, torna tanto o progresso intelectual quanto o moral impossíveis. (tradução nossa)⁵⁴ (RUSSEL, 2005, p. 59).

Se a pessoa humana é o centro da estrutura social, nada mais razoável do que permitir que ela seja um agente direto na produção das regras aplicáveis numa ordem social, principalmente quando ela for dotada de considerável autonomia, a exemplo do ciberespaço. Para Reale (2002, p. 228), a evolução histórica demonstra o domínio de um valor sobre o outro, ou seja, a existência de uma ordem gradativa entre os valores; mas existem os valores fundamentais e os secundários, sendo que o valor fonte é o da pessoa humana. Nesse sentido, são os dizeres de Reale (2002, p. 220):

partimos dessa idéia [sic], a nosso ver básica, de que a pessoa humana é o valor-fonte de todos os valores. O homem, como ser natural biopsíquico, é apenas um indivíduo entre outros indivíduos, um ente animal entre os demais da mesma espécie. O homem, considerado na sua objetividade espiritual, enquanto ser que só realiza no sentido de seu dever ser, é o que chamamos de pessoa. Só o homem possui a dignidade originária de ser enquanto deve ser, pondo-se essencialmente como razão determinante do processo histórico.

⁵⁴ No original: "Among the things which are in danger of being unnecessarily sacrificed to democratic equality, perhaps the most important is self-respect. By self-respect I mean the good half of pride - what is called 'proper pride'. The bad half is a sense of superiority. Self-respect will keep a man from being abject when he is in the power of enemies, and will enable him to feel that he may be in the right when the world is against him. If a man has not this quality, he will feel that majority opinion, or governmental opinion, is to be treated as infallible, and such a way of feeling, if it is general, makes both moral and intellectual progress impossible".

Há séculos atrás, outros podem até ter sonhado que a tecnologia atingiria o estágio atual, em fantasias utópicas ou pesadelos. Contudo, hoje as mudanças estão acontecendo a vista de toda a sociedade. Os caminhos a que estas mudanças levarão ainda não estão claros. No momento, governos e outras instituições da sociedade estão decidindo como usar as novas possibilidades, e é direito de todos saber e participar desta tomada de decisões. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. XII).

Esta tomada de decisões implicará numa reinvenção da ética, sem o desrespeito de seus preceitos consolidados através da história. No entendimento de Dupas (2000, p. 16), a sociedade pode e deve se submeter a uma ética, que deverá ser libertadora e visar o bem-estar da sociedade, nas gerações presentes e futuras, sem priorizar os interesses de uma minoria.

Assim, os indivíduos devem assumir a responsabilidade pela própria proteção, pois cada homem é responsável sozinho por suas ações e omissões, embora o Direito deva fornecer armas para a proteção da privacidade na era tecnológica. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 63). "Pela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção, não apenas um elemento decisivo no sistema produtivo" (CASTELLS, 2006, p. 69). Em determinados contextos de fato surgirá a necessidade de intervenção estatal, algo que será estudado em detalhes no capítulo seguinte, mas a autonomia individual deve ser a regra, a qual somente se consubstancia pela autodisciplina.

b) *O Estado não é a solução de todos os males e deve ocupar o mínimo de espaço na vida social para garantir a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática*: o segundo argumento que convalida a autodisciplina na *Internet* é uma consequência do primeiro, no sentido de que por existir a autonomia individual que permite que o homem tome consciência de si mesmo e elabore a si regras de justa conduta, evidencia-se que o Estado talvez não seja o ente supremo que ao longo dos últimos tempos propôs ser.

Sobre as origens da coesão social, Russel (2005, p. 14):

uma das coisas que causa estresse e tensão na vida social humana é que é possível, até certo ponto, tomar conhecimento de fundamentos racionais para um comportamento não solicitado por instinto natural. Mas quando tal comportamento força o instinto natural muito severamente a natureza leva sua vingança seja produzindo apatia ou destrutividade, seja porque pode levar uma estrutura inspirada na razão a quebrar.

Coesão social, que começou com lealdade a um grupo reforçada pelo medo dos inimigos, cresceu por processos parcialmente naturais e parcialmente deliberados até chegar aos conglomerados vastos que hoje conhecemos como nações. (tradução nossa)⁵⁵.

⁵⁵ No original: "One of the things that cause stress and strain in human social life is that it is possible, up to a point, to become aware of rational grounds for a behaviour not prompted by natural instinct. But when such

A coesão social surgiu como algo inerente à necessidade de que uma instituição central comandasse a sociedade para impedir que ela caísse no caos, clamando para si a autotutela. No entanto, a formação de uma estrutura social nestes moldes tem suas consequências negativas, principalmente se a busca pelo poder for maior do que o interesse de proteger a sociedade, algo infelizmente comum. O bom Estado não quer que os indivíduos sejam massa e deve intervir somente quando de fato necessário, mas por política governamental, o que se tem visto é um constante paternalismo. Sobre as funções estatais, expõe Russel (2005, p. 30):

governo, desde os tempos antigos em que existe, tem tido duas funções, uma negativa e uma positiva. Sua função negativa tem sido prevenir violência privada, proteger a vida e a propriedade, pronunciar a lei penal e assegurar seu cumprimento. Mas em adição a isso ele tem um propósito positivo, nomeadamente, facilitar a realização de desejos considerados comuns para a grande maioria dos cidadãos. As funções positivas do governo na maioria das vezes tem sido sobretudo restrita à guerra: se um inimigo pode ser conquistado e seu território adquirido, todos na nação vitoriosa lucram em um grau maior ou menos. Mas agora as funções positivas do governo estão enormemente enlarguescidas. (tradução nossa)⁵⁶.

Não seria possível garantir que esta estrutura com aspecto quase supremo tomasse espaço sem que fossem lançadas bases a respeito da incapacidade do ser humano de decidir por si e da necessidade de que apenas um legislador supremo decidisse o que seria o agir correto em sociedade, as quais têm perdido força.

Em relação de duas premissas, aliás, surgiu a concepção de que somente a legislação seria um recurso para a boa convivência social: a primeira é a crença de que é preciso um legislador supremo cujo poder é ilimitável porque se houvesse limitação sempre seria possível um legislador mais forte com menos limites e assim por diante, a segunda é a de que somente o que o legislador prevê pode ser lei (HAYEK, 1998, p. 91). A legislação, por sua vez, é limitadora da liberdade individual, sujeitando-se assim a atividade de sua elaboração a limites.

Na rede, parece que se firma uma rediscussão da primeira dimensão de direitos fundamentais, recriando o conceito de direitos de liberdade. De início, os direitos de liberdade

behaviour strains natural instinct too severely nature takes her revenge by producing either listlessness or destructiveness, either of which may cause a structure inspired by reason to break down.

Social cohesion, which started with loyalty to a group reinforced by the fear of enemies, grew by processes partly natural and partly deliberate until it reached the vast conglomerations that we now know as nations".

⁵⁶ No original: "Government, from the earliest times at which it existed, has had two functions, one negative and one positive. Its negative function has been to prevent private violence, to protect life and property, to enact criminal law and secure its enforcement. But in addition to this it has had a positive purpose, namely, to facilitate the realisation of desires deemed to be common to the great majority of citizens. The positive functions of government at most times have been mainly confined to war: if an enemy could be conquered and his territory acquired, everybody in the victorious nation profited in a greater or less degree. But now the positive functions of government are enormously enlarged".

surgiram para impedir que o Estado se ingerisse indevidamente na vida do cidadão, mas a perspectiva dos direitos sociais gerou a necessidade de constante interferência, a ponto de praticamente não mais se falar na liberdade individual - para igualar os cidadãos, o governo deveria praticar cada vez mais ações afirmativas.

Assim, se perderia em liberdade, mas se ganharia em tutela estatal direta, seja pelas ações positivas na área da saúde e educação, seja pelo exercício intenso do poder de polícia. A perda de liberdade, notadamente quando os recursos tecnológicos somente tendem a avançar, implica na criação de uma sociedade da vigilância.

Sobre este processo, Russel (2005, p. 34) entende:

existe, no entanto, outro perigo, talvez mais provável de ser realizado. Técnicas modernas tornaram possível uma nova intensidade de controle governamental, e esta possibilidade tem sido explorada muito plenamente nos Estados totalitários. Pode ser que sobre o estresse da guerra, ou do medo da guerra, ou como um resultado da conquista totalitarista, as partes do mundo onde algum grau de liberdade individual sobrevive podem crescer menos, e mesmo nelas a liberdade pode tornar a ser mais e mais restrita. (tradução nossa)⁵⁷.

Sob o aspecto dos direitos políticos, que também se inserem nesta primeira dimensão, a briga inicial pelo direito ao voto livre e secreto foi vencida, mas não com os resultados esperados. A cada dia o sentimento de distanciamento que a população tem com relação aos seus representantes no governo democrático parece aumentar, não sendo demais discutir sobre o mito da representação democrática. Afinal, é mínimo o real poder que o cidadão exerce na democracia representativa, como explica Russel (2005, p. 29):

mesmo quando existe nominalmente democracia, a parte em que um cidadão pode obter em controle político é usualmente infinitésima. [...] Como resultado apenas do tamanho, governo torna-se cada vez mais remoto do que o governado e tende, mesmo numa democracia, a ter uma vida própria independente. Eu não professo saber como curar este mal completamente, mas eu penso que é importante reconhecer sua existência e procurar por modos de diminuição de sua magnitude. (tradução nossa)⁵⁸.

Não se pretende dizer que a atuação estatal é um mal, muito menos dispensável, mas apenas que ela deve coexistir de forma crescente com a autonomia individual, de forma que a

⁵⁷ No original: "There is, however, another danger, perhaps more likely to be realised. Modern techniques have made possible a new intensity of governmental control, and this possibility has been exploited very fully in totalitarian States. It may be that under the stress of war, or the fear of war, or as a result of totalitarian conquest, the parts of the world where some degree of individual liberty survives may grow fewer, and even in them liberty may come to be more and more restricted".

⁵⁸ No original: "Even where there is nominally democracy, the part which one citizen can obtain in controlling policy is usually infinitesimal. [...] As a result of mere size, government becomes increasingly remote from the governed and tends, even in a democracy, to have an independent life of its own. I do not profess to know how to cure this evil completely, but I think it is important to recognise its existence and to search for ways of diminishing its magnitude."

sociedade não seja massa e sim um conjunto de individualidades contribuindo para a construção do bem comum. Na *Internet* tem-se um espaço todo configurado para que o exercício do autorregramento, que consolida a força da pessoa humana considerada como parte de um todo, seja possível. Contudo, as regras de justa conduta estabelecidas nesta ordem social autônoma devem coexistir o máximo com as previstas na legislação, permitindo um equilíbrio entre intervenção estatal e atuação individual. As regras de conduta postas numa ordem social autônoma serão seguidas pela maioria, como expõe Hayek (1998, p. 45):

mas o fato de que a maioria das pessoas irá seguir estas regras ainda deixará o caráter da ordem resultante muito indeterminado, e por si mesma certamente não seria suficiente para dar uma caráter benéfico. Para a ordem resultante ser benéfica as pessoas devem também observar algumas regras convencionais, isto é, regras que não simplesmente acompanham os seus desejos e a sua introspecção em relações de causa e efeito, mas que são normativas e dizem a eles o que devem fazer ou não fazer. (tradução nossa)⁵⁹.

Logo, a autodisciplina moral na *Internet* é uma tendência que deve prevalecer porque a retomada da consciência individual tem sido benéfica para que a evolução técnica continue aproximando todas as pessoas, por mais diferentes que sejam, além do que se ela ocorre não é preciso que o Estado tome uma postura tão interventiva quanto a que tem assumido desde que se tornou a força central das sociedades.

3.4 Agir esperado dos entes sociais num autorregramento no ciberespaço

Se a autodisciplina é uma tendência que se justifica pelas peculiaridades da rede e se valida pela necessidade de uma menor ingerência estatal em prol da autonomia individual, algumas atitudes genéricas devem ser esperadas com relação a ela: pelos internautas, que a consciência individual seja voltada à ampliação das liberdades sem que se incida em abusos, ou seja, que se lembre de que o outro existe; pelos demais entes sociais, inclusive o estatal, que não se busquem impedir seu desenvolvimento e que incentivem seu aperfeiçoamento.

A autodisciplina na *Internet* abre espaço para um exercício intenso da liberdade pessoal, mas toda liberdade se sujeita a limites. Por isso, o autorregramento também se consolida em regras de justa conduta, ora estabelecidas entre os internautas. Como a elaboração destas diretivas é constante, embora elas adquiram algum caráter de estabilidade, o

⁵⁹ No original: "But the fact that most people will follow this rule will still leave the character of the resulting order very indeterminate, and by itself certainly would not be sufficient to give it a beneficial character. For the resulting order to be beneficial people must also observe some conventional rules, that is, rules which do not simply follow from their desires and their insight into relations of cause and effect, but which are normative and tell them what they ought to or ought not to do".

internauta é chamado a cada momento a fazer uma valoração a respeito da conduta correta. Isto não é tão novo quanto aparenta: "o ato de viver implica em valorar. Estabelecendo planos de vida, o homem atribui valor às coisas, na medida em que, por suas propriedades, satisfaçam aos seus interesses" (NADER, 2001, p. 52). A atividade de atribuir valores é inerente ao homem, a questão é que por muito tempo ele foi poupado desta atividade pela ingerência estatal constante. Ao atribuir valores, o homem utiliza determinados valores base, que funcionam como referência no critério de atribuição; sendo que os valores éticos devem fundamentar e estruturar os demais valores sociais. Como visto, a atividade de elaboração de diretrizes de autorregulamentação envolve principalmente o campo da Moral.

Nem por isso é possível afirmar que o conteúdo autodisciplinar não pode interferir na vida social como um todo, possuindo então uma ligação com o Direito, que contém as regras jurídicas passíveis de coação aplicadas pelo Estado. Entretanto, a atuação dos entes sociais não poderá ser idêntica à usual: o ciberespaço forma uma ordem social autônoma em que prevalece a autodisciplina, enquanto na sociedade do plano físico sobre a qual o Estado exerce controle num território determinado não há tal prevalência; mas os atos praticados na rede mundial de computadores produzem consequências graves na vida social como um todo, razão pela qual esta ordem social autônoma não pode subsistir alheia à ordem organizada do plano físico regulada pelo Direito; logo, uma *Internet* na qual todos os entes sociais ligados diretamente ou não à rede participem e na qual o Direito não seja aplicado é inviável, embora seja preciso pensar a fundo como as duas ordens podem coexistir.

"A família, a fazenda, a fábrica, a empresa, a corporação e as várias associações, e todas as instituições públicas incluindo o governo, são organizações que por sua vez estão integradas em uma ordem espontânea mais compreensiva" (tradução nossa)⁶⁰ (HAYEK, 1998, p. 46). Assim, na seara desta necessária coexistência entre a sociedade como um todo e o ciberespaço está a questão do agir esperado dos demais entes sociais, inclusive o estatal, para a autodisciplina. Neste ponto o estudo se fará notadamente sob o viés do dever moral destes entes, numa abordagem mais genérica, permitindo que o ciberespaço cresça sem percalços, mas no capítulo seguinte estuda-se a existência do dever jurídico no sentido de agir em preservação e incentivo de um bom conteúdo autodisciplinar na rede mundial de computadores, aprofundando aspectos pontuados neste tópico. No entendimento de Montoro (2005, p. 357), hoje em dia é quase universal a retomada dos estudos e das exigências da ética

⁶⁰ No original: "The family, the farm, the plant, the firm, the corporation and the various associations, and all the public institutions including government, are organizations which in turn are integrated into a more comprehensive spontaneous order".

em todas as esferas, seja na pública ou na privada, enfim, na administração, nas empresas, na justiça e na comunicação. Por isso, é importante um estudo que se funde nas questões éticas em geral inerentes à autodisciplina, para depois serem compreendidos os reflexos jurídicos.

Antes, é preciso tomar dois pressupostos: o primeiro é o de que a informação tecnológica não é boa ou ruim, pois pode ser usada tanto para o bem quanto para o mal; o segundo é o de que novas tecnologias trazem mudanças sociais e estas mudanças vêm acompanhadas de riscos e oportunidades, conjuntamente (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 14). O atendimento do agir esperado tanto por parte dos internautas quanto dos demais entes sociais garantindo o cumprimento e o aperfeiçoamento da autodisciplina na rede permite que o aperfeiçoamento tecnológico seja positivo, fazendo com que as oportunidades criadas pela *Internet* sejam aproveitadas e os riscos diminuídos.

"A emergência do ciberespaço é fruto de um verdadeiro movimento social, com seu grupo líder (a juventude metropolitana escolarizada), suas palavras de ordem (interconexão, criação de comunidades virtuais, inteligência coletiva) e suas aspirações coerentes" (LÉVY, 2003, p. 123), formando então uma ordem social autônoma. Quanto ao comportamento esperado dos internautas numa autodisciplina, assevera-se que ele se funda no respeito aos ditames éticos da sociedade, de forma que consiste em portar-se na rede do mesmo modo que um cidadão de bem se portaria na vida social no plano físico. A rede proporciona uma liberdade ampliada aos usuários, como foi estudado neste trabalho, algo que permite a releitura de seus limites em alguns aspectos.

Esta releitura não é tão radical quanto aparenta e nem tão ineficaz quando alguns podem defender, posto que as condições propiciadas para o indivíduo para o exercício amplo de sua liberdade não implicam na ausência de limites, independentemente da existência de disposição expressa mesmo na esfera constitucional. Expõe Hayek (1998, p. 55):

[...] a condição de liberdade a qual em que todos estão autorizados a usar os seus conhecimentos para os seus fins, restringido apenas por regras de justa conduta de aplicação universal, é provável que produza para eles as melhores condições para atingir seus objetivos; e que tal sistema é provável que seja alcançado e mantido apenas se toda autoridade, incluindo aquela da maioria das pessoas, for limitada no exercício do poder coercitivo por princípios gerais aos quais a comunidade tenha se comprometido. Liberdade individual, onde quer que tenha existido, tem sido largamente o produto de um aspecto prevalente para tais princípios que, contudo, nunca foram totalmente articulados em documentos constitucionais. (tradução nossa)⁶¹.

⁶¹ No original: "The thesis of this book is that a condition of liberty in which all are allowed to use their knowledge for their purposes, restrained only by rules of just conduct of universal application, is likely to produce for them the best conditions for achieving their aims; and that such a system is likely to be achieved and

Limites à liberdade são acima de tudo limites éticos, antes de serem limites constitucionais. Retomando a filosofia kantiana, a liberdade é fundamento para a razão prática e, conseqüentemente, para a autonomia da vontade, não aceitando jamais a violação da lei moral consolidada no imperativo categórico. Assim, não se aceita o abuso de direito, que tem se tornado comum devido ao encantamento da nova tecnologia. A respeito, em decorrência da influência que a *Internet* desempenhou nos modos de relacionamentos entre os internautas, fica perceptível que a sociedade se encantou com as novas tecnologias, muitas vezes sem pensar nas conseqüências disso. Isto é, as pessoas se encantaram com o mundo conectado, aceitando a perda de privacidade em troca de eficiência, conveniência e pequenos descontos (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 20).

A autodisciplina funda-se principalmente na consciência do espaço do outro, de forma que as regras de conduta sejam compatíveis com os ditames éticos mais tradicionais. O respeito ao próximo, como já estudado, é a regra de ouro para que nenhum abuso seja cometido ainda que a liberdade conferida seja ampla.

Não obstante, percebe-se uma ausência de consciência quanto aos prejuízos que as atitudes individuais podem causar aos outros e a si mesmo: de um lado, pensa-se que a liberdade conferida na rede autoriza a prática de atos que são considerados ilícitos no plano físico, como se os bens jurídicos protegidos na rede fossem outros, o que não é verdadeiro devido à compatibilidade entre os preceitos morais que fundam a autodisciplina na rede e a norma constitucional que delimita os bens jurídicos do ser humano essencialmente protegidos.

Redes sociais têm facilitado a vida dos predadores, que tiram vantagem do ingênuo, do solitário, do idoso e do jovem. Isto somente ocorre porque nem todos sabem que tudo que é feito no mundo digital deixa vestígios. É quase inevitável deixar estes vestígios, assim, é algo feito de forma intencional, porém inconsciente. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 16-22).

É comum que homens mais velhos utilizem *sites* de redes sociais para atrair adolescentes em encontros, que às vezes acabam muito mal. No entanto, como a *American Library Association* declarou, em oposição ao *Deleting Online Predators Act* (DOPA), que a educação, e não a proibição, é a chave para uma utilização segura da *Internet*. É preciso aprender a cooperar em um ambiente *on-line* porque o uso da rede, com todas as interações

maintained only if all authority, including that of the majority of the people, is limited in the exercise of coercive power by general principles to which the community has committed itself. Individual freedom, wherever it has existed, has been largely the product of a prevailing respect for such principles which, however, have never been fully articulated in constitutional documents".

humanas que permite, é uma ferramenta básica da modernidade, globalmente interconectada em negócios, educação e cidadania. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 230).

Logo, o agir ético esperado dos internautas consiste principalmente no respeito aos limites éticos aos direitos em exercício na rede, de forma a evitar a prática de ilícitos tanto contra si quanto contra terceiros. Referidos limites foram abordados em detalhes no capítulo 2, sendo que o tópico 3.6 permite verificar se há um respeito a eles, ou seja, se o agir esperado dos internautas tem sido visto na prática. "Nem a salvação nem a perdição residem na técnica. Sempre ambivalentes, as técnicas projetam no mundo material nossas emoções, intenções e projetos. Os instrumentos que construímos nos dão poderes mas, coletivamente responsáveis, a escolha está em nossas mãos" (LÉVY, 2003, p. 17). Treinamento, leis e *softwares* podem ajudar, mas se a sociedade não se preocupar em aprender a lidar com as consequências da explosão digital tudo será em vão (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 32). Aprofunda Lévy (2003, p. 128):

mesmo se a afluência de recém-chegados por vezes a dilui, os participantes das comunidades virtuais desenvolveram uma forte Moral Social, um conjunto de leis consuetudinárias - não escritas - que regem suas relações. Essa "netiqueta" diz respeito, antes de mais nada, à pertinência das informações. Não se deve enviar uma mensagem a respeito de determinado assunto em uma conferência eletrônica que trata de outro assunto. [...] Percebe-se que essas regras tendem principalmente a fazer com que os outros não percam seu tempo. [...] A Moral implícita da comunidade virtual é em geral a da reciprocidade. Se aprendermos algo lendo as trocas de mensagens, é preciso também repassar os conhecimentos de que dispomos quando uma pergunta formulada on-line os torna úteis. A recompensa (simbólica) vem, então, da reputação de competência que é constituída a longo prazo na "opinião pública" da comunidade virtual. Os ataques pessoais ou argumentações pejorativas para qualquer categoria de pessoas (nacionalidade, sexo, idade, profissão etc.) em geral não são permitidas. Os que fazem isso de forma repetida são excluídos pelos administradores de sistema a pedido dos organizadores das conferências eletrônicas. Excetuando-se esses casos particulares, a total liberdade de palavra é encorajada e os internautas são, como um todo, opostos a qualquer forma de censura.

Por sua vez, que tange ao agir esperado dos demais entes sociais, independentemente deles estarem diretamente vinculados ou não ao ciberespaço, parece ser correto que não tendem inibir a tendência pela autodisciplina, o que possivelmente prejudicaria seu bom desenvolvimento, e que inclusive contribuam para que este se dê de forma salutar. Em suma, consiste em não lutar por um engessamento da rede e buscar compreender a importância e a inevitabilidade do novo sistema. A respeito da estabilidade das ordens sociais autônomas, considera Hayek (1998, p. 39):

o significado do caráter abstrato de tais ordens repousa no fato de que elas podem persistir enquanto todos os elementos que ela compreende, e até o número de tais elementos, mudar. Tudo o que é necessário para preservar tal ordem abstrata é que uma certa estrutura de relacionamentos seja mantida, ou que estes elementos de um certo tipo (mas variáveis em número) continuem a ser relacionados de uma determinada maneira. (tradução nossa)⁶².

Os problemas de se coibir uma tendência tão forte como a autodisciplina na *Internet* são: criação de incompatibilidades persistentes entre o tratamento de conflitos no plano físico e no ciberespaço, inefetividade na imposição de disciplinas jurídicas específicas, além da descrença da sociedade na possibilidade de uma interação entre a ordem social autônoma do ciberespaço e a ordem organizada do Direito. Na verdade, cada uma destas consequências negativas é resultado da anterior, evidenciando um efeito cascata.

A sociedade precisa acreditar no Direito, mas ele não pode ser visto como um conjunto vazio de regras específicas, mas sim como força motriz da vida social em todas as suas esferas, mesmo naquelas mais difusas como a do ciberespaço. Por isso, o Direito não deve servir para forçar o cumprimento de preceitos que vão contra as tendências limitadas pela ética que se formam na rede, ainda que tenha que revisar alguns de seus conceitos.

Assim, "num grupo de homens maior que o de tamanho mais pequeno, a colaboração irá sempre se assentar tanto na ordem espontânea quando na organização deliberada" (tradução nossa)⁶³ (HAYEK, 1998, p. 46). Um equilíbrio entre o direito eletrônico e as regras da autodisciplina na rede se mostra essencial para que a sociedade da informação se consolide como a mais democrática que já existiu.

Por entes sociais diversos além do internauta, colocam-se: o Estado, os membros da população que não incorporaram a rede ao seu cotidiano, as pessoas jurídicas que não atuam na rede e principalmente as que atuam. Os maiores obstáculos à consolidação de um autorregramento na rede parecem partir dos entes com maior força, notadamente o Estado e as corporações atuantes ou não na rede.

Ao Estado, incentivar e respeitar o conteúdo autodisciplinar significa, em resumo, respectivamente, dar atenção à dimensão educacional do internauta para garantir o respeito aos preceitos éticos na rede - elaborando diretivas e incentivando discussões - e não buscar

⁶² No original: "The significance of the abstract character of such orders rests on the fact that they may persist while all the particular elements they comprise, and even the number of such elements, change. All that is necessary to preserve such an abstract order is that a certain structure of relationships be maintained, or that elements of a certain kind (but variable in number) continue to be related in a certain manner".

⁶³ No original: "In any group of men of more than the smallest size, collaboration will always rest both on spontaneous order as well as on deliberate organization".

engessar a rede - criando leis específicas e não compreendendo a readaptação de limites na rede quando da aplicação do Direito.

Apesar de a Moral e o Direito possuírem um base comum conceitual, determinadas particularidades devem ser consideradas pelo Estado na aplicação do segundo porque "no ato moral é essencial a espontaneidade, de tal maneira que a educação para o bem tem de ser sempre uma transmissibilidade espontânea de valores, uma adesão ao valioso, que não implica nenhuma subordinação que viole a vontade ou a personalidade" (REALE, 2002, p. 397). O dever educacional perpassa pela formação da moral do internauta, permitindo que ele seja um agente criador positivo do conteúdo autodisciplinar.

Não obstante, o engessamento da rede desponta como um risco ao seu caráter liberalista e democrático. Sobre a necessidade de um discurso de princípios, que impediria este engessamento da rede, explicam Abelson, Ledeen e Lewis (2008, p. 231):

seguidamente, a sociedade tem lutado para encontrar uma metáfora para comunicações eletrônicas que capture os modos em que é semelhante às mídias do passado e os modos nos quais é diferente. Leis e regulamentações são construídas em tradições; apenas pela compreensão das analogias pode o discurso dos princípios do passado ser estendido para as mudanças de circunstâncias do presente - ou ser conscientemente transcendida. (tradução nossa)⁶⁴.

Por engessamento da rede entende-se o impedimento de que a liberdade seja exercida da forma mais plena possível, gerando uma perda da força criativa de rede e tornando-a inacessível à população em geral enquanto um meio fácil e não oneroso para a divulgação de seus pensamentos para o mundo.

Quanto menor a opressão ao desenvolvimento individual, melhor para a sociedade, pois ela precisa que suas forças criativas estejam sempre em funcionamento. Assim, a ordem organizada deve ser o mais flexível possível, intervindo o Estado apenas quando estritamente necessário. Defende Russel (2005, p. 47-48):

se a vida é para ser salva do tédio aliviado apenas pelo desastre, meios devem ser encontrados para salvar a iniciativa individual, não apenas nas coisas que são triviais, mas nas coisas que realmente importam. Eu não falo que nós devemos destruir estas partes da organização moderna sobre as quais a real existência das grandes populações depende, mas eu realmente falo que esta organização deveria ser mais flexível, mais aliviada pela autonomia local, e menos opressiva ao espírito humano através de sua vastidão impessoal, do que tem se tornado através de seu crescimento insuportavelmente rápido e centralização, com os quais nossos modos de

⁶⁴ No original: "Over and over, society has struggled to find a metaphor for electronic communication that captures the ways in which it is the same as the media of the past and the ways in which it is different. Laws and regulations are built on traditions; only by understanding the analogies can the speech principles of the past be extended to the changed circumstances of the present - or be consciously transcended".

pensamento e sentimento têm sido capazes de manter o ritmo. (tradução nossa)⁶⁵.

Às pessoas jurídicas não atuantes na rede mundial de computadores, considera-se que tem se tornado habitual a utilização das tecnologias da informação em seu cotidiano de atividades, inclusive por parte dos funcionários, e na publicidade de produtos e serviços. Na relação entre empregador e funcionário, desde suas origens, há aspectos muito delicados e o advento da *Internet* fez com que outro viesse à tona, qual seja o do uso dela por parte dos trabalhadores, muitas vezes para fins pessoais, algo que pode atrapalhar ou não as obrigações do contrato de trabalho - daí surgirem polêmicas como o monitoramento de *e-mail* e a possibilidade de demissão por justa causa ante o uso indevido dos computadores. Por sua vez, na utilização da rede para divulgação de produtos e serviços é preciso adotar ditames éticos inerentes à boa-fé esperada nas relações de consumo.

Às pessoas jurídicas atuantes na *Internet* é atribuído um papel direto na evolução qualitativa do conteúdo autodisciplinar, notadamente pela divulgação de recomendações para os internautas que utilizem algum sítio a elas vinculado e pela pronta colaboração na aplicação de sanções aos internautas que a violem. O maior incentivo à autodisciplina na rede parte destas corporações que nela atuam, mas tal incentivo não pode ser feito sob o argumento da isenção de responsabilidades delas: as pessoas jurídicas que atuam na rede possuem deveres tanto morais quanto jurídicos perante os internautas e poderão ser sancionadas pelo descumprimento. Tais empresas geralmente se baseiam no intenso fluxo de informações da rede para se eximirem de responsabilidade pelos atos ilícitos praticados por meio de seu *site*, havendo assim um número sem fim de dados circulantes lançados pelos internautas que podem contrariar preceitos éticos. Explica Paesani (2006, p. 60):

portanto, o funcionamento da rede recusa um controle hierárquico, global ou qualquer possível sistema de censura da informação e da comunicação, mas acata e faz apelo à responsabilidade dos fornecedores e usuários da informação desse espaço público. *A profusão do fluxo de informações não impede que a coletividade dos internautas construa hierarquias e estruturas por sua própria conta e crie mecanismos próprios de defesa da privacidade de controle das informações.* (grifo nosso).

O fluxo de informações é uma característica da rede que não pode ser mudada, restando aos entes sociais se adaptarem a ela. Se ocorrem violações aos ditames éticos é

⁶⁵ No original: "If life is to be saved from boredom relieved only by disaster, means must be found of restoring individual initiative, not only in things that are trivial, but in the things that really matter. I do not mean that we should destroy those parts of modern organisation upon which the very existence of large populations depends, but I do mean that organisation should be much more flexible, more relieved by local autonomy, and less oppressive to the human spirit through its impersonal vastness, than it has become through its unbearably rapid growth and centralisation, with which our ways of thought and feeling have been able to keep pace".

principalmente pela falta de incentivo ao respeito do conteúdo autodisciplinar, algo que poderia ser feito com facilidade por estas empresas atuantes na rede, tanto sob o aspecto preventivo, divulgando diretivas, quanto sob o repressivo, excluindo ou suspendendo do grupo aquele que pratique o ato antiético.

Por isso, defende o Pontifício Conselho para as Comunicações Sociais (2007, p. 25-26) que a forma de regulamentação que deve prevalecer na *Internet* é o incentivo à autorregulamentação por parte da indústria, que deverá definir códigos éticos. Para que a autodisciplina eletrônica atinja um nível satisfatório de cumprimento dos preceitos éticos, todos os entes sociais devem trabalhar numa atividade de incentivo e educação.

É necessário admitir que os problemas levantados pelo mau uso da *Internet* são infinitamente menores que os benefícios trazidos por esse notável canal de aproximação dos povos, de democratização dos conhecimentos e da globalização da sociedade. Seus desvios não serão resolvidos por meio de ineficazes tutelas governamentais. Na verdade, a *Internet* salienta uma nova realidade: chegou para todos, sobretudo para a família, a hora da liberdade e da responsabilidade. A educação para o exercício da liberdade é o grande desafio de nossos dias. A aventura da liberdade responsável, sem intervenção do Estado, acabará gerando uma sociedade mais consciente e amadurecida. (PAESANI, 2006, p. 41).

Todos os entes que compõem a sociedade, desde o indivíduo até o Estado, passando pelas corporações em geral, devem tomar consciência de que para a preservação da liberdade na *Internet* sem que se gere um número incontável de lesões a bens jurídicos relevantes é preciso um reforço da autodisciplina, de modo que as regras de justa condutas impostas no grupo social autônomo que é o ciberespaço sejam o máximo possível compatíveis com os preceitos éticos consolidados em sociedade e respeitadas pelo maior número de pessoas.

3.5 Consequências do respeito ao conteúdo autodisciplinar

O respeito ao conteúdo da autodisciplina na *Internet* permite a diminuição de prejuízos que tem se tornado comuns na rede, sendo o principal a prática de atos ilícitos em geral sob dois enfoques: de um lado, o usuário que se aproveita da liberdade na rede e a utiliza de forma abusiva, praticando o ato antiético; de outro lado, o internauta que não se preocupa em manter sua privacidade e divulga informações pessoais que facilitam com que seja vítima de um ilícito.

São incontáveis os bens jurídicos postos em risco no uso da rede mundial de computadores, como estudado no capítulo 2: liberdade, privacidade, personalidade, propriedade de bens e valores, propriedade intelectual e segurança. Por estarem assegurados constitucional e internacionalmente, além de decorrerem da formação ética através dos

tempos na sociedade, tais bens merecem proteção, a qual tem um cunho repressivo mas deve ter principalmente um caráter preventivo, em especial no contexto da autodisciplina na *Internet*. Com efeito, o atendimento ao conteúdo deste autorregramento faz com que os bens jurídicos em questão sejam colocados em risco o mínimo possível.

De maneira reversa, as consequências pelo não cumprimento dos preceitos de um autorregramento são: caso o conteúdo desrespeitado se refira a uma regra de etiqueta, um natural desconforto nas relações pela *Internet* e eventualmente alguma sanção aplicada pelo grupo da ordem social autônoma sem intervenção do Direito; caso a diretiva violada seja inerente à Moral, além da sanção aplicada pelo grupo - geralmente de exclusão - a intervenção do Direito - reconhecendo um ato ilícito civil, verificando a prática de um cibercrime ou ambos, importando para o presente estudo notadamente a segunda hipótese de desrespeito. Esta violação pode se dar tanto por parte do agente que pratica o ato quanto pelo que é vítima dele, posto que também existe a postura preventiva inerente ao autorregramento na rede.

"Se, por um lado, incontestáveis são o avanço e os benefícios que o uso ético da *Internet* trouxe para a propagação da informação, por outro, têm-se riscos inerentes da tecnologia da informatização, notadamente os crimes informáticos" (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2012, p. 15). Além dos cibercrimes, existem os atos ilícitos civis em geral, posto que nem toda postura antiética praticada pela rede violará um bem jurídico de tal relevância que aceite a intervenção do direito penal. Afinal, "a atuação do direito penal sobre todos os bens jurídicos, de forma a tutelá-los, poderia significar grave risco aos interesses do Direito e à liberdade" (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2012, p. 20). Havendo intervenção na esfera cível, resta presente o instituto da responsabilidade civil.

Sobre a responsabilidade civil na *Internet*, explica Gonçalves (2005, p. 119):

a responsabilidade extracontratual pode derivar de inúmeros atos ilícitos, sendo de se destacar os que dizem respeito à concorrência desleal, à violação da propriedade intelectual, ao indevido desrespeito à intimidade, ao envio de mensagens não desejadas e ofensivas da honra, à divulgação de boatos infamantes, à invasão de caixa postal, ao envio de vírus etc. Identificado o autor, responde ele civilmente pelos prejuízos causados a terceiros.

Não obstante, a proteção conferida pelo instituto da responsabilidade civil é mais ampla, dado o conceito genérico de ato ilícito estabelecido pela legislação. No Brasil, aplicam-se no tocante à responsabilidade civil os artigos 186 e 927 do Código Civil. O primeiro dispõe: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2012f). Em complemento, o segundo prevê: "aquele que, por ato ilícito, causar

dano a outrem, fica obrigado a repará-lo" (BRASIL, 2012f). Esta temática será aprofundada no capítulo 4, quando estudado o dever do Estado num contexto de autodisciplina.

Introduzindo a questão dos crimes eletrônicos, que também terá um aprofundamento no capítulo seguinte, entendem Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2012, p. 34-35):

a rede mundial, uma sociedade virtual que modificou hábitos e costumes, combinando comportamentos tradicionais com o acesso à informação e cultura, também se tornou motivo de inquietude, um rico campo para as mais variadas atividades ilícitas, criminalidade esta caracterizada pela dificuldade de investigação, prova e aplicação da lei penal, pelo caráter transnacional e ilimitado dessas condutas, o que pode gerar conflitos de direito internacional, em decorrência da competência da jurisdição sancionadora.

Corrêa (2000, p. 43) os conceitua como cibercrimes "todos aqueles relacionados às informações arquivadas ou em trânsito por computadores, sendo esses dados, acessados ilicitamente, usados para ameaçar ou fraudar; para tal prática é indispensável a utilização de um meio eletrônico". Observam Lima e Daoun (2009, p. 05) que "não pode ser considerado crime, conduta que não esteja prevista em lei, bem como a que foi formulada sem a observância do devido processo legislativo. É a prevalência dos princípios da reserva legal e da legalidade". Desta forma, nota-se a necessária observância do princípio da legalidade.

Por tal motivo, é tecnicamente incorreto definir como cibercrime uma conduta não tipificada na lei penal. Logo, nem toda conduta que cause prejuízo a outrem na *Internet* pode ser um cibercrime no sentido técnico da palavra, embora seja viável a reparação civil do dano. Considerado este aspecto, é de se comentar a impossibilidade de analogia *in malam partem*, ou seja, o enquadramento de determinada conduta como criminosa por ser semelhante a outra definida como tal pela lei penal (LIMA; DAOUN, 2009, p. 06).

Essencialmente, a origem das condutas delituosas na rede está no falso pressuposto de que ela é um espaço de liberdade irrestrita. Desta forma, usuários utilizam-se da rede para a prática de condutas abusivas, quando não criminosas.

Ferreira (2000, p. 220) entende que os atos ilícitos podem ser cometidos por intermédio de um sistema de informática, mas não atingindo a máquina em si ou dados e programas do sistema, porque muitas condutas tipificadas nas leis penais podem ser realizadas com a utilização da informática como um meio de execução para mais facilmente atingir o resultado pretendido pelo agente, ofendendo de bens jurídicos de diversas naturezas.

Assim, diversas condutas possuidoras de cunho tecnológico já estão tuteladas na legislação penal, eis que a inovação nestes casos está apenas no meio pelo qual é praticado o crime (LIMA; DAOUN, 2009, p. 06). Os cibercrimes são crimes reais, que trazem prejuízos para as vítimas e não se diferem de práticas da mesma espécie por serem praticados com uso

da tecnologia (DOMENEGHETTI, 2005, p. 164). Este é o caso de crimes como furto, roubo, dano, estelionato, violação de correspondência, contra a propriedade imaterial, injúria, calúnia, difamação e outros (FERREIRA, 2000, p. 220). Em suma, os tipos penais abertos podem ser praticados por qualquer meio eleito pelo sujeito ativo, inclusive *Internet*.

As condutas abusivas que são praticadas pelos internautas que, sob o argumento da liberdade, caracterizam grave lesão a bens jurídicos inerentes à pessoa humana vão contra a autodisciplina da *Internet*, uma vez que esta ordem social autônoma deve se fundar em preceitos éticos. No entanto, também é uma consequência do não cumprimento das regras do autorregramento na rede a vitimização daqueles mais descuidados com sua privacidade.

A tecnologia muda e gera mudanças sociais que se encadeiam. É preciso reconhecer que a percepção das instituições sociais atingidas pela tecnologia são agora mais importantes que o objetivo originário de sua concepção. Uma vez mudado o estilo de vida, nem se pensa a custo de que tal mudança se deu. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 55)

A geração que cresceu com a *Web* incorporou diversas redes sociais: *MySpace*, *YouTube*, *LiveJournal*, *Facebook*, *Xanga*, *Classmates.com*, *Flickr*, entre outras, além dos inúmeros *blogs*. Quanto mais incorporadas são tais redes, mais se perde em privacidade, pois a maior parte da sociedade utiliza as redes, abrindo mão de privacidade. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 58). Estas redes sociais são as principais responsáveis pela cultura de exposição pessoal que tem se firmado na rede, muitas vezes sem se pensar no que isto pode acarretar.

Atualmente, tem-se verificado uma prática desenvolvida pelos internautas de divulgar informações de cunho pessoal, nomeadamente em redes sociais, sem se preocupar com as consequências advindas do ato, motivo pelo qual, enquanto ferramenta que permite a comunicação entre pessoas e a divulgação e troca de hipertextos em tempo real, questões éticas tangenciam o uso da *Internet*, nomeadamente diante do direito constitucional à liberdade de expressão. (FURLANETO NETO; GARCIA, 2011, p. 3531).

Ocorre que por vezes o exercício abusivo da liberdade de expressão pelo internauta, lançando na rede informações a respeito de sua vida, pode gerar perigo de dano a si próprio, em face do uso inconsciente quanto à exposição excessiva de informações de cunho pessoal no ambiente de redes sociais exigindo-se, portanto, uma análise atenta das regras éticas de autocensura de modo a conscientizar o usuário dos riscos de suas ações propiciando um exercício razoável da liberdade de expressão.

Diversos casos em que a liberdade de expressão do usuário foi contra ele próprio são divulgados diariamente. Por exemplo, a simples divulgação de celulares pode gerar grandes infortúnios ao usuário. No mínimo, uma pessoa

com a qual não gostaria de ter contato pode utilizá-lo para importunar aquele que divulgou seu número. Em casos mais graves, um criminoso pode utilizar os dados do celular para clonagem ou para cometer crimes como o do falso sequestro de pessoa próxima com o fim de obter vantagem indevida. (FURLANETO NETO; GARCIA, 2011, p. 3541-3542).

Exemplo de caso no qual a segurança do usuário de uma rede social foi colocada em risco, de maneira irreversível, é o de um jovem mexicano de 14 anos, que teve seu sequestro planejado com base nas informações pessoais que ele mesmo divulgou na *Internet*, em uma rede social. Infelizmente, a ação resultou em sua morte, o que motivou seu pai a criar a ONG México SOS, que objetiva a luta por um sistema de legalidade que garanta o direito de ir e vir na sociedade com segurança (MÉXICO SOS, 2011).

A ONG Safernet (2011), aponta algumas medidas de autocensura que podem garantir a segurança do usuário:

a) pensar antes de publicar na *Internet*, pois as redes sociais possuem grande número de usuários que podem acessar as informações e, uma vez disponibilizadas, fica muito difícil retirá-las;

b) não publicar, em hipótese alguma, sobrenome completo, telefone, endereço, mensagens abertas com dados sobre o local em que vai estar;

c) selecionar a rede de amigos, não adicionando qualquer pessoa, principalmente se não conhecê-la pessoalmente;

d) configurar opções de privacidade, fazendo uso dos mecanismos disponibilizados pelas redes sociais;

e) ler os termos de uso do *site*, nos quais há informações sobre a possibilidade de disponibilização de dados para agências de publicidade e empresas;

f) prestar atenção ao clicar em *links*, tanto os enviados por amigos, quanto por desconhecidos, recusando principalmente aqueles que contem arquivos executáveis, que face da possibilidade de conter códigos maliciosos;

g) tomar cuidados especiais quando for utilizar a *Internet* no trabalho, pois as informações podem ser rastreadas, gerando demissões e repreensões se o conteúdo destas for prejudicial aos relacionamentos no serviço;

h) restringir o acesso às fotos, publicando-as o mínimo possível, com a preocupação constante de não divulgar hábitos ou locais frequentados;

i) trocar periodicamente a senha, que deverá ser o mais complexa possível, não relacionada a informações que podem ser facilmente descobertas, como datas de aniversário e nome de parentes ou animais;

j) promover boas maneiras, não fazer na *Internet* o que não faria no mundo real, denunciando condutas criminosas que presencie.

A postura de autocensura não pode, contudo, ser imposta pelo Direito, ficando reservada à esfera exclusivamente moral da autodisciplina na *Internet*.

Não pode ser considerada diretriz de um Estado Democrático de Direito impedir a manifestação de um pensamento que não vá causar dano a outrem. Seria o primeiro passo para a censura, para a volta de um regime autoritário. Aquele que utiliza a *Internet* tem liberdade de se expressar o quanto quiser, desde que não cause danos a terceiros, pois este é o limite imposto pela lei. Prova de que a República Federativa do Brasil reconhece a liberdade individual limitada apenas aos direitos de outrem, de tal forma que aquele que a exerce, se causar um prejuízo exclusivo a si mesmo, não será reprimido é o de que aquele que tenta o suicídio não sofre qualquer persecução judicial em caso de insucesso. Nota-se que mesmo no direito à vida a limitação se refere à vida de outrem, pois sobre a própria vida a pessoa tem autonomia para dispor. Logo, o Estado não pode coagir alguém a não expressar o seu pensamento se tal manifestação for capaz apenas de prejudicar a pessoa que a publicou. (FURLANETO NETO; GARCIA, 2011, p. 3545).

A atitude preventiva não deixa de ser uma postura ética, pois muitas vezes um terceiro irá responder por um dano que poderia ter sido evitado pela vítima, além de ser necessária a movimentação da máquina estatal. Logo, se enquadra numa ação ética voltada ao bem comum da sociedade e ao respeito a todos que nela vivem.

Quando não for possível punir de maneira imediata aquele que viola direito alheio por meio da *Internet*, em determinados casos, um terceiro poderá ser responsabilizado pelo dano causado pelo infrator na esfera cível, de forma que a ausência de uma postura preventiva causa dano ao patrimônio de um terceiro ente responsável em decorrência de uma obrigação legal. Por exemplo, é comum a condenação de bancos a restituir o consumidor em quantia indevidamente retirada por acesso não-autorizado à conta bancária. Situações dessa natureza poderiam ser evitadas se o usuário tomasse as devidas cautelas com a segurança de seu computador, sendo que o desmazelo não é facilmente comprovado pela instituição bancária responsável pelo ressarcimento, mas poderia evitar que a violação do sistema ocorresse.

Além disso, ao ser vítima de um ato ilícito a pessoa faz com que o Estado movimente sua estrutura para investigar sua materialidade e autoria, onerando por consequência os cofres públicos. Neste sentido, demonstram as pesquisas sobre a despesa gerada por um cibercrime:

o custo de crimes realizados por meio da *Internet* no Brasil [...] é de cerca de R\$ 16 bilhões anuais (ou 7% do prejuízo global causado pelo cibercrime), segundo um recente estudo realizado pela Norton/Symantec.

De acordo com a estimativa, o país é o terceiro mais afetado por atividade ilegal na rede, atrás de China (R\$ 92 bilhões), EUA (R\$ 21 bilhões) e empatado com a Índia.

No estudo, a firma de segurança ouviu 13 mil pessoas com idade entre 18 e 64 anos, de 24 países. As entrevistas foram realizadas on-line entre 16 e 30 de julho deste ano. A cifra é calculada a partir da proporção de entrevistados que foram vítimas de cibercrime nos 12 meses que antecederam a entrevista (32% do total), multiplicada pelo custo médio de um ataque no Brasil (R\$ 562) e pela população on-line do país. (GONZAGA, 2012).

Desta forma, um valor que seria gasto com outra finalidade de interesse público acaba sendo empregado para apurar um ato ilícito que poderia ter sido evitado se a vítima tivesse adotado uma postura de autocensura na rede.

Portanto, a diminuição de ofensas a bens jurídicos relevantes é a principal consequência do respeito às regras de justa conduta consolidadas num autorregramento na *Internet*, tanto pela postura de não cometimento de ilícitos pelo agente que compreenda as limitações aos seus direitos quando pela atitude preventiva do usuário que preserve sua liberdade e assim não seja vítima de ilícitos.

3.6 Verificação de casos pontuais atestando a existência de uma autodisciplina eletrônica

Neste ponto do trabalho, pretende-se verificar se os limites éticos apontados no capítulo 2 têm sido cumpridos no uso da *Internet*. Antes disso, vale lembrar dois pressupostos: o primeiro é o de que a violação de preceitos éticos não os invalida, de forma que se a autodisciplina na rede está se consolidando aos poucos é natural que ainda existam questões controversas, além do que mesmo num estágio de consolidação ainda existirão violações, as quais serão devidamente sancionadas; o segundo é o de que a formação de uma ordem social autônoma nunca é plena e, embora as regras de justa conduta estabelecidas tenham algum caráter de estabilidade, podem surgir novas circunstâncias que redefinem limites, de modo que um modelo fechado para a autodisciplina na rede não é viável.

Segundo Reale (2005, p. 36), o mundo ético é o mundo do *dever ser*, no qual a violação da norma não implica na sua revogação, o que não ocorre no mundo do *ser*, onde não existem deveres, mas previsões que devem ser confirmadas para continuarem válidas. Enfim, o desrespeito às normas éticas não implica na revogação de seus princípios. A respeito, o tópico 2.4 se aprofundou.

Nesse ponto é necessário destacar que nas leis éticas, essencialmente referidas ao mundo dos valores, que abrangem a Moral e o Direito, sempre existirá sanção (REALE, 2002,

p. 258-259). Contudo, para Reale (2005, p. 69), a Moral não é compatível com a força organizada, própria do Direito, pois exige espontaneidade por parte do agente. Nos dizeres de Reale (2002, p. 260), "sanção é toda consequência [sic] que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento obrigatório". Caberá sanção sempre que violada alguma das diretrizes inerentes à autodisciplina na *Internet*, por vezes na forma específica da coação quando o Direito puder intervir.

Sobre as dificuldades de delimitação de um modelo fechado, nota-se que "as alterações que se processam no meio social em decorrência dos avanços científicos e tecnológicos impõem uma revisão nos valores sociais. A própria moral positiva não se acha infesa a transformações" (NADER, 2001, p. 54), embora o caráter de estabilidade e continuidade seja atribuído aos preceitos éticos.

Hayek (1998, p. 60) explica que as regras não articuladas, geralmente, são as cumpridas com mais facilidade e generalidade:

princípios são muitas vezes mais eficazes guias para a ação quando eles aparecem como não mais que um preconceito irracional, um sentimento geral de que certas coisas simplesmente "não são feitas"; enquanto, logo que passam a ser expressamente mencionados especulações começam acerca de sua correção e sua validade. (tradução nossa)⁶⁶.

Modelos fechados de regras de justa conduta tendem a ser ineficazes, o que não significa que não seja possível manejar um rol destas regras que parecem despontar e verificar se na prática este tem sido cumprido. Aquelas que pareciam ser as regras do agir esperado no ciberespaço foram estudadas, com base numa teoria do direito eletrônico e na filosofia tradicional, no capítulo anterior, as quais são tomadas a partir deste momento para o teste a respeito do cumprimento do conteúdo autodisciplinar:

a) *Garantia de divulgação e acesso a informações sempre que isso não exceder os limites das demais leis éticas*: a existência de espaços não onerosos e de fácil manejo, nos quais ainda assim é possível ter destaque no ciberespaço, demonstra que tal diretriz inerente à liberdade do internauta tem sido atendida, tanto que uma das maiores problemáticas é justamente o seu contraponto, qual seja a não violação dos limites das demais leis éticas pelo uso dos espaços para manifestação.

⁶⁶ No original: "This is not to say that these 'principles' must necessarily take the form of articulated rules. Principles are often more effective guides for action when they appear as no more than an unreasoned prejudice, a general feeling that certain things simply 'are not done'; while as soon as they are explicitly stated speculation begins about their correctness and their validity".

Entre os veículos para divulgação e acesso da informação mais populares estão as redes sociais, também chamadas *sites* de relacionamentos. Existem inúmeras espalhadas pela rede, mas as que possuem maior destaque no Brasil são o *Facebook*, o *Orkut* e o *Twitter*.

O *Facebook* (2012a) foi fundado em fevereiro de 2004, pretendendo dar às pessoas o poder de compartilhar e tornar o mundo mais aberto e conectado, conhecendo produtos, anúncios e lojas, bem como mantendo contato com amigos por meio do compartilhamento de fotos, *links* e comentários. Já o *Orkut* (2012a) é uma rede social que ajuda o usuário a manter contato com os amigos e a conhecer novas pessoas, por meio de fotos e mensagens, bem como da criação de grupos de pessoas com interesses comuns, chamadas comunidades. Na verdade, o *Orkut* é parecido com o *Facebook* mas, no primeiro, o maior dinamismo se encontra nas comunidades, ao passo que o segundo propicia recursos que tornam o próprio perfil do usuário mais dinâmico. Juntas, elas movimentam inúmeros usuários brasileiros. Nos dados demográficos, o *Orkut* (2012b) informa que 50,60% de seus usuários são do Brasil. Contudo, a rede social que tem ganhado maior repercussão nacional hoje é o *Facebook*:

o *Facebook* assumiu a posição de rede social mais popular no Brasil, segundo dados da comScore, divulgados nesta terça-feira. De acordo com o relatório, o site atingiu a marca de 36,1 milhões de visitantes únicos em dezembro de 2011, o que representa um crescimento de 192% em relação ao mesmo período de 2010. O bom desempenho o colocou à frente do *Orkut*, líder no segmento até então. Os dados, vale ressaltar, não indicam o número de cadastrados nos serviços, mas o de pessoas que visitam essas páginas.

De acordo com a pesquisa, o *Orkut* segue como a segunda maior rede social no Brasil, com 34,4 milhões de visitantes únicos, um montante 5% menor do que o registrado em dezembro de 2010. O *Windows Live Profile* ocupa o terceiro lugar, com 13,3 milhões, e o *Twitter* aparece em quarto, com 12,5 milhões.

O *Google+*, a rede social do *Google*, está entre os oito maiores sites do segmento e fechou o ano de 2011 com 4,3 milhões de acessos únicos. Está à frente do *LinkedIn*, com 3,1 milhões. (VEJA, 2012).

Nesta linha, o *Twitter* aos poucos tem ganhado mais espaço no Brasil. A rede social funciona como uma espécie de microblog, no qual o usuário divulga, em número restrito de caracteres, informações, frases, *links*. Por ter esta característica de um pequeno *blog* e não ser tão interativo quanto às redes sociais anteriormente mencionadas, atrai número um pouco menor de usuários. O *Twitter* (2012) é uma rede de informação em tempo real que conecta o usuário às últimas informações que considere interessantes, por exemplo, que constem em perfis de pessoas públicas em relação às quais tenha interesse. As pequenas informações postadas, de até 140 caracteres, chamam-se *Tweets*, e serão visualizadas por quem acesse a página ou *siga* o usuário na rede social.

Considerados os aspectos das principais redes sociais no Brasil, percebe-se algumas características em comum: a possibilidade de acesso às informações de outros usuários, o amplo poder de divulgação de informações de qualquer natureza, a facilidade e a gratuidade na criação das plataformas pessoais. Entretanto, foi com certeza a nota da interatividade que fez com que os famosos *blogs* perdessem espaço para elas.

Num *blog*, a pessoa comunica ideias que poderão ser comentadas e debatidas pelas pessoas que o acessem. Os textos tendem a ser mais longos e a interação entre as páginas dos usuários é menor, pois não existe uma página inicial na qual as postagens da rede de amigos podem ser lidas independentemente do acesso direto a cada endereço. Embora tenham perdido em popularidade entre a massa dos internautas, ainda é possível criar um *blog* gratuitamente, a exemplo do serviço *Blogger* (2012) disponibilizado pela *Google*.

Ainda, a criação e a manutenção de um *site* com domínio e *layout* próprios não são onerosas quanto aparentam. Por exemplo, para garantir a exclusividade sobre um domínio no Brasil com final *.com.br* por 4 anos o custo é de 111 reais (BRASIL, 2012g).

Logo, este conteúdo de autorregramento que reflete uma das principais características do ciberespaço, qual seja a de criar um ambiente livre e democrático, é cumprido plenamente, posto que são inúmeros os recursos que o internauta possui para exercer suas liberdades, notadamente as de divulgação e acesso à informação.

b) *Proibição do anonimato, a não ser no sentido de pseudônimo, sem ofensa à boa-fé de terceiros*: a utilização de pseudônimos na *Internet*, consolidando um certo ocultismo às relações estabelecidas, é muito comum. Quando isto se dá com o fim de prejudicar direitos de terceiros ou para que o agente se esconda por trás do pseudônimo para evitar que ilícitos sejam descobertos trata-se de conduta não aceita numa autodisciplina, posto que a ordem social autônoma da rede não coexiste sem alguma ingerência da ordem organizada do Direito.

São inúmeros os casos de pseudônimos ou personagens não identificáveis pelo usuário, mas descobertos se necessário. Por exemplo, Gina Indelicada é uma personagem fictícia do *Facebook* (2012b) cujo responsável não é identificado pelos internautas, mas este não tem problemas em divulgar sua identidade, chegando até mesmo a dar entrevistas. Percebe-se a ausência de má-fé daquele que cria uma página na qual sua identidade fique a princípio oculta apenas para garantir a brincadeira ou a crítica que determinada personagem proporcione, sem que isso gere problemas de ordem ética, como ofensas a terceiros.

Ainda assim, as técnicas de quebra de IP permitem identificar o computador de onde partiu o ato ilícito e, conseqüentemente, o seu autor. O endereço IP de um hospedeiro pode ser configurado de duas maneiras: manualmente e pelo Protocolo de Configuração Dinâmica de

Hospedeiros (DHCP), sendo que o último é o mais popular porque permite que o IP seja conferido automaticamente, assim, sempre que um hospedeiro conectar receberá um endereço de IP. Na teoria, cada vez que o hospedeiro conectasse deveria receber o mesmo IP, mas como o número de IPs na versão IPv4 tem se mostrado insuficiente, o comum é a atribuição de endereço IP temporário (KUROSE; ROSS, 2005, p. 266). Tal endereço de IP fica armazenado, geralmente nos registros guardados pelo provedor de acesso à *Internet*. Cientes destas possibilidades, aqueles que utilizam a rede em contramão aos ditames éticos que nela têm se consolidado utilizam *sites* que permitem o constante redirecionamento de IP, dificultando substancialmente a apuração do ato ilícito. Percebe-se a ausência de um pleno respeito ao conteúdo autodisciplinar pelo anonimato moderado em respeito aos direitos de terceiros, notadamente devido à existência de técnicas de redirecionamento de IP.

c) *Vedação da censura, salvo nos casos em que esta se mostrar necessária para a garantia da ordem social de uma sociedade democrática*: em certos países há censura, mas na maioria a *Internet* funciona como um espaço democrático para o exercício das liberdades individuais e a construção da personalidade de cada um.

Na China, a tecnologia contribui para ampliar cada vez mas o controle governamental da informação que os cidadãos recebem, monitorando o comportamento deles (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 04). Por exemplo, permitindo que informações sejam encontradas, surgem os *sites* de busca, que podem ser usados por empresas e governos para distorcer a visão da realidade, isto é, para controlar informações. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 110). Deturpar o conteúdo da informação, impedir que o internauta a conheça da forma mais verídica possível e bloquear conteúdos contrários ao ideário governamental são formas de censura que não podem ser aceitas.

A Organização Não Governamental Repórteres Sem Fronteiras enumera alguns países nos quais a censura na *Internet* existe por questões políticas, num *ranking* que encontra nas últimas quinze posições, do melhor ao pior classificado: Somália, Laos, Egito, Cuba, Bielorrússia, Birmânia, Sudão, Iêmen, Vietnam, Bahrein, China, Irã, Síria, Turcomenistão, Coreia do Norte e Eritreia. O Brasil ocupa a posição 99 e teria perdido em liberdade na rede em comparação aos últimos anos. No topo da lista estão, do primeiro ao décimo quinto: Finlândia, Noruega, Estônia, Países Baixos, Áustria, Islândia, Luxemburgo, Suíça, Cabo Verde, Canadá, Dinamarca, Suécia, Nova Zelândia e República Tcheca (REPORTEROS SIN FRONTERAS, 2012).

Em determinados casos, alguma espécie de censura pode ser aceita, notadamente quando um limite ético estiver sendo desrespeitado, por exemplo, impedindo que a divulgação

de conteúdos ofensivos se propaguem ao excluir um *site* que faça campanha antissemita, ao impedir a divulgação de material pornográfico infanto-juvenil, ao bloquear conteúdos impróprios para menores de forma que estes não o acessem e ao retirar dos resultados de busca determinado *site*. A respeito da remoção de um *site* do indexador da *Google* (2012a) destacam-se as orientações da empresa:

como consigo remover uma página do *Google*?

O *Google* não controla o conteúdo da *Web*. Sendo assim, antes de removermos uma página de nossos resultados de pesquisa, o proprietário tem que alterá-la ou retirá-la. Se for você, basta fazer as alterações que deseja. Veremos essas alterações na próxima vez que rastreamos seu site e atualizaremos nosso índice.

Após ter feito as alterações, você pode acelerar o processo de remoção enviando um pedido de remoção de URL. Se você não for o proprietário do site e se o webmaster não retirar o conteúdo, você pode solicitar a remoção de informações confidenciais ou pessoais, como número de RG/CPF, dados da conta bancária ou assinatura.

Percebe-se que a empresa mantenedora de um dos principais *sites* de busca da *Web* adota uma política um tanto quanto restritiva sob o aspecto da exclusão de informações de seu indexador, ainda que evidentemente ofensivas a um segmento social ou indivíduo, o que é no mínimo questionável, posto que a liberdade na rede também deve encontrar limites e a omissão de determinados conteúdos não poderia assim ser considerada uma censura. Não se pode generalizar o conceito de censura, algo que funciona mais como um argumento retórico para que empresas atuantes na rede se esquivem de verificar a postagem de certos conteúdos. Tais discussões, frequentemente, acabam sendo discutidas no Poder Judiciário.

Tem-se que em termos das regras de justa conduta da rede, não pode ser aceita a censura por motivos políticos, visando a manutenção de um regime antidemocrático, mas a exclusão e o impedimento de divulgação de conteúdos que sejam ilícitos por atingirem determinado segmento social ou a pessoa em sua dignidade. Percebe-se que ainda há muito que se fazer em termos de consolidação desta diretiva da autodisciplina, tanto diminuindo o número de países nos quais a censura atinge níveis críticos e incentivando a ampliação do espaço democrático da rede naqueles países em que ainda não se atingiu a plenitude esperada da ausência de censura prévia, quanto buscando uma conscientização das empresas atuantes na rede no sentido de que nem todo conteúdo que deva ser omitido está sendo censurado porque existem direitos inerentes à condição humana que podem ser atingidos por ele.

d) *Impedimento da produção do flaming, principalmente se a mensagem ofensiva atingir alguma esfera da dignidade humana*: nem todo conteúdo postado na rede mundial de computadores tem cunho benéfico para a sociedade. Assim, usualmente os limites referentes à

liberdade de expressão são desrespeitados, abrangendo desde a ofensa a um indivíduo determinado (muitas vezes enquadrando a conduta num crime contra a honra ou semelhante), passando pelo menosprezo a um certo segmento social (por exemplo, negros, judeus, mulçumanos, homossexuais) e, inclusive, envolvendo as pequenas discussões gratuitas incentivadas pelo chamado *troll* (que responde agressivamente certa mensagem ou incentiva a hostilidade entre um membro e outro).

Além dos casos mais graves de *flaming* que caracterizam violação a uma diretriz ética específica, como a de respeito ao próximo e não discriminação, são comuns as circunstâncias de discussões inflamadas e inúteis nos chamados fóruns de discussão. Entre os padrões da comunidade *Facebook* (2012c), que é a mais utilizada no Brasil atualmente, se encontram regras a respeito da não aceitação do *flaming* nas formas mais graves:

o *Facebook* não tolera *bullying* ou assédio. Permitimos que os usuários falem livremente sobre assuntos e pessoas de interesse público, mas tomamos medidas em relação a todas as denúncias sobre comportamento abusivo direcionado a pessoas em particular. [...] O *Facebook* não permite discurso de ódio. Embora encorajemos a discussão de ideias, instituições, eventos e práticas, é uma violação grave atacar uma pessoa com base em sua raça, etnia, nacionalidade, religião, gênero, orientação sexual, deficiência ou doença.

Quanto às discussões que adquiram um tom mais inflamado sem chegar a caracterizar ofensa direta a um indivíduo ou segmento social, embora caracterizem *flaming*, perpassam mais por uma regra costumeira do que moral, razão pela qual devem ser evitadas, mas se não o forem impedem a caracterização de um ato ilícito. Com efeito, a tendência da autodisciplina pela produção cada vez mais diminuta de *flaming* parece estar sendo atendida paulatinamente devido ao processo de conscientização do usuário a respeito dos limites de exercício da liberdade, mas ainda não atingiu níveis satisfatórios.

e) *Envio de spam sem prévia autorização do usuário*: uma das práticas mais comuns no uso da *Internet* que contraria a postura ética esperada numa autodisciplina na rede é a do envio de *spam* sem autorização do internauta.

Em 2009, 53% dos usuários brasileiros afirmaram ter recebido *spam* no e-mail nos três meses anteriores à pesquisa. Ainda, entre os usuários que receberam *spam*, 58% reclamaram de gastarem tempo de maneira desnecessária, 7% de precisarem gastar com programas para evitar o recebimento, 15% de perderem e-mails ou arquivos e 25% de transtorno por causa de conteúdo impróprio ou ofensivo. (BRASIL, 2010a, p. 274-277).⁶⁷

⁶⁷ Dados referentes à última pesquisa do Comitê Gestor da *Internet* no Brasil que se aprofundou neste aspecto, pois a pesquisa de 2011 omitiu o estudo a respeito do *spam*.

É difícil encontrar quem se utilize do correio eletrônico hoje em dia que já não tenha ouvido falar em *spam*, ou pior ainda, não seja uma de suas vítimas diárias. [...] Em plena era de *Internet* comercial, o *spam* é uma das principais perturbações para internautas, administradores de redes e provedores, de tal forma que o abuso desta prática já se tornou um problema de segurança de sistemas. Além disso, é também um problema financeiro, pois vem trazendo perdas econômicas para uma boa parte dos internautas e lucro para um pequeno e obscuro grupo. (INFOGUERRA, 2012).

No caso dos *spams*, há uma postura preventiva do usuário que funciona como paliativo para diminuir tal violação, tão frequente: filtrar mensagens por programas próprios, usar mecanismos de confirmação de envio, verificar pastas de lixo eletrônico para evitar falsos positivos, ser cuidadoso ao fornecer *e-mails*, não clicar em *links* recebidos na mensagem de *spam*, entre outras atitudes (BRASIL, 2012c, p. 36-37).

Percebe-se que o *spam* é uma prática usual, que gera incômodo para o usuário da rede e que, ao menos quando não adotado o sistema *opt-in* no qual o internauta autoriza o envio de mensagens para aquele *site*, caracteriza violação ao conteúdo ético que deve compor o autorregramento no ciberespaço.

f) *Vendas de bancos de dados sem a permissão dos que possuem informações nele registradas*: os bancos de dados armazenam uma grande variedade de conteúdos, desde imagens, vídeos, músicas e textos, até informações pessoais como CPF, RG, telefone situação creditícia. A princípio, quando certa informação é fornecida para um banco de dados determinado, supõe-se que ela permanecerá sob a guarda do titular dele. No entanto, o mercado de venda de bases de dados diversas é altamente lucrativo, o que tem gerado constante violações aos ditames éticos com a venda das informações cadastrais.

Daí a ligação das vendas de bancos de dados com a multiplicação dos *spams*, pois é normal que o internauta faça o cadastro de seu *e-mail* num sítio da rede e, possuindo as informações deste, a mantenedora que seria responsável pela guarda e correta utilização dos dados em questão os aliena para outra empresa que tenha interesse neles. É praticamente impossível uma pessoa nunca ter recebido uma mensagem a respeito de alguma área que seja de seu interesse de um endereço totalmente desconhecido, relacionado a um *site* também desconhecido. Aliás, esta é a marca do *spam*, que tem como uma das principais causas justamente a venda de bancos de dados com *e-mails* dos internautas.

Na verdade, há uma questão crítica que se refere à constante publicização das informações pessoais em defesa da segurança das relações de consumo. A cada dia, surgem novos mecanismos para acessar dados dos consumidores de todo o país, os quais passam a ficar disponíveis para qualquer cidadão comum com condições financeiras mínimas. A

CCFácil (2012), distribuidora autorizada da Serasa Experian, disponibiliza consultas para análise de crédito por meio de um sistema pré-pago e para utilizá-lo é necessário ser pessoa física ou jurídica e se cadastrar na opção comprar crédito. Por mais que um banco de dados como este possa ser um serviço de utilidade pública nas relações de consumo, é questionável a ampla possibilidade de que qualquer cidadão com informações mínimas compre créditos e o utilize, encontrando informações sobre terceiros para fins diversos.

Em casos mais graves de venda de informações sigilosas se fala no mercado negro de dados, no qual os *crackers* vendem dados como número de cartão de crédito e senhas bancárias, sendo que o lucro anual seria de cerca de 276 milhões de dólares (TERRA, 2008).

Com efeito, o descumprimento do conteúdo autodisciplinar, neste aspecto, tem sido constante, tanto por parte de empresas atuantes na rede quanto por parte de internautas maliciosos que visam lucrar algo com a venda de informações as quais são por eles acessadas com base num conhecimento técnico específico.

g) *Armazenamento de cookies quando da expressa recusa do usuário por configuração do sistema*: todos os computadores possuem em seu sistema a possibilidade de excluir *cookies* armazenados. No *Windows* (2012), seguidas algumas etapas simples, é possível apagar aqueles que foram anteriormente armazenados e, "após a exclusão dos *cookies*, os *sites* não lembrarão mais das informações inseridas por você em visitas anteriores (por exemplo, eles não terão mais o registro de seu nome de usuário ou de suas preferências)".

No entanto, geralmente não é informado aos internautas que esta atividade de armazenamento é praticada: muitos se questionam sobre como os *sites* são capazes de detectar suas preferências, notadamente as de consumo. Com efeito, no mínimo os internautas deveriam ter ciência de que os *cookies* são armazenados para que pudessem escolher permitir ou não esta atividade. Afinal, existem mecanismos que impedem o registro dos *cookies*.

O *Internet Explorer* oferece várias maneiras diferentes de controlar os *cookies* armazenados no computador. Você pode bloquear ou permitir os *cookies* ou pode escolher os *sites* específicos dos quais aceitará *cookies*. Quando você faz esse tipo de alteração, os *cookies* que já estão armazenados no computador não serão afetados. Por esse motivo, talvez seja recomendável excluir os *cookies* já armazenados no computador antes de prosseguir nas etapas a seguir. (WINDOWS, 2012).

Não só o *Internet Explorer*, mas os navegadores em geral permitem este bloqueio da atividade de armazenamento de *cookies*. Contudo, geralmente não é informado aos usuários que esta atividade é praticada e nem que é possível evitá-la. Assim, não é dada ao usuário a liberdade de escolha a respeito desta atividade, tendo em vista que alguns podem considerá-la invasiva e outros não - posto que, como visto no capítulo 2, a ofensa ao bem jurídico da

privacidade, em regra, não é grave, gerando até mesmo alguns benefícios ao internauta como o comodismo nas relações de consumo.

Há, ainda, outra questão perturbadora, qual seja a da existência de *sites* que somente funcionam se os *cookies* estiverem ativados, algo que vai em contramão à liberdade de escolha do usuário. No entanto, é possível adotar posturas alternativas que diminuem a violação da privacidade.

Não é indicado bloquear totalmente o recebimento de *cookies*, pois isto pode impedir o uso adequado ou até mesmo o acesso a determinados *sites* e serviços. Para se prevenir dos riscos, mas sem comprometer a sua navegação, há algumas dicas que você deve seguir, como:

- ao usar um navegador *Web* baseado em níveis de permissão, como o *Internet Explorer*, procure não selecionar níveis de permissão inferiores a "médio";
- em outros navegadores ou programas leitores de *e-mail*, configure para que, por padrão, os *sites* não possam definir *cookies* e crie listas de exceções, cadastrando *sites* considerados confiáveis e onde o uso de *cookies* é realmente necessário, como *Webmails* e de *Internet Banking* e comércio eletrônico;
- caso você, mesmo ciente dos riscos, decida permitir que por padrão os *sites* possam definir *cookies*, procure criar uma lista de exceções e nela cadastre os *sites* que deseja bloquear;
- configure para que os *cookies* sejam apagados assim que o navegador for fechado;
- configure para não aceitar *cookies* de terceiros (ao fazer isto, a sua navegação não deverá ser prejudicada, pois apenas conteúdos relacionados a publicidade serão bloqueados);
- utilize opções de navegar anonimamente, quando usar computadores de terceiros (ao fazer isto, informações sobre a sua navegação, incluindo *cookies*, não serão gravadas). (BRASIL, 2012c, p. 40-41).

Com efeito, também neste caso há um cumprimento parcial do conteúdo autodisciplinar, já que o internauta tem recursos para excluir e bloquear *cookies*, mas geralmente não é informado a respeito, quando não é impedido de utilizá-los, restando apenas a adoção de posturas alternativas.

h) *Envio de vírus e códigos maliciosos em geral, notadamente quando obtido o acesso indevido aos dados informáticos*: a propagação de códigos maliciosos pela rede mundial de computadores é muito comum. Tais códigos são criados ora pelo simples prazer de gerar caos na rede e prejudicar os demais integrantes da comunidade virtual, ora para permitir a violação de sistemas de segurança e obter informações privilegiadas.

Quanto ao envio de códigos maliciosos, segundo dados do Comitê Gestor da *Internet* no Brasil de 2009, 35% da população brasileira usuária da *Internet* já teria sofrido com este

tipo de problema (BRASIL, 2010a, p. 265)⁶⁸. Percebe-se que no uso da rede mundial de computadores são frequentes as violações aos sistemas de segurança, o que gera uma constante adaptação dos responsáveis por eles na busca de um aperfeiçoamento. Nos últimos anos, a soma da maior consciência dos internautas e da melhoria dos sistemas de segurança tem diminuído tais violações. Assim, a maior confiabilidade dos antivírus e a postura preventiva dos internautas cria uma tendência de diminuição dos ataques:

para manter o seu computador livre da ação dos códigos maliciosos existe um conjunto de medidas preventivas que você precisa adotar. Essas medidas incluem manter os programas instalados com as versões mais recentes e com todas as atualizações disponíveis aplicadas e usar mecanismos de segurança, como *antimalware* e *firewall* pessoal.

Além disso, há alguns cuidados que você e todos que usam o seu computador devem tomar sempre que forem manipular arquivos. *Novos códigos maliciosos podem surgir, a velocidades nem sempre acompanhadas pela capacidade de atualização dos mecanismos de segurança.* (grifo nosso) (BRASIL, 2012c, p. 30).

Entre os inúmeros vírus que se propagam, destacam-se aqueles que permitem a quebra de sistemas bancários, acessando conta e senha do internauta que utiliza o *net banking*. Em notícia de setembro de 2012, o *site* Terra (2012) relatou a mais recente experiência na qual um código malicioso foi utilizado para obtenção de dados bancários:

a tática de usar certificados eletrônicos roubados para obter dados de usuários de *internet banking* mirou recentemente clientes brasileiros, segundo a empresa de segurança *Eset*. O golpe captura informações bancárias e dados pessoais dos usuários, e se vale da certificação para escapar da detecção de ferramentas de segurança.

O código malicioso foi identificado como um *Trojan Win32/Spy.Banker.YJS*. Ele se instala na máquina do usuário e é executado assim que o computador acessa o *internet banking* da entidade financeira, indica relatório da empresa.

Na prática, quando o internauta digita o endereço do *internet banking* em qualquer navegador a página fecha de forma automática e emite um aviso de que aquele endereço só pode ser acessado pelo *Internet Explorer*.

Uma vez que o internauta consegue entrar no site, o malware inicia a captura das informações.

O *Win32/Spy.Banker.YJS* direciona o usuário para uma página falsa do *internet banking*, na qual solicita uma série de informações pessoais do usuário e do cartão de débito do cliente. Depois que a vítima digita todas as informações na página falsa, o código malicioso envia um e-mail ao cibercriminoso com o resumo dos dados.

Essa técnica é mais avançada, pois, em regra, o envio do *Trojan* se dá por *e-mail* ao usuário, que ao acessá-lo e ao realizar as operações assinaladas, instala o programa

⁶⁸ A pesquisa mais recente do Comitê Gestor da *Internet* no Brasil não se aprofundou neste aspecto, sendo a última menção feita na pesquisa de 2010 referente ao ano de 2009.

autoexecutável. A partir de então, o *cracker* se conecta à máquina da vítima e captura as informações que deseja, por exemplo, o número da conta corrente e a senha do *net banking*. De posse de tais informações, entra no *site* do banco como se fosse o cliente e efetua a operação fraudulenta. (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2012, p. 48-59). Os sistemas de segurança nem sempre acompanham a velocidade com que surgem novas formas de códigos maliciosos, razão pela qual a postura do internauta se mostra essencial, conhecendo as formas comuns de fraudes e sempre desconfiando das mensagens enviadas por desconhecidos ou que fujam ao padrão dos conteúdos geralmente remetidos por alguém conhecido - tudo isto se insere na postura de autocensura, pela qual o usuário toma cautelas para evitar ser vítima de um ilícito, uma das facetas do autorregramento na *Internet*. A respeito, o Comitê Gestor da *Internet* traz em sua Cartilha de Segurança algumas posturas que devem ser adotadas pelo internauta quando do recebimento de um conteúdo:

Identificação: permitir que uma entidade se identifique, ou seja, diga quem ela é.

Autenticação: verificar se a entidade é realmente quem ela diz ser.

Autorização: determinar as ações que a entidade pode executar.

Integridade: proteger a informação contra alteração não autorizada.

Confidencialidade ou sigilo: proteger uma informação contra acesso não autorizado.

Não repúdio: evitar que uma entidade possa negar que foi ela quem executou uma ação.

Disponibilidade: garantir que um recurso esteja disponível sempre que necessário. (BRASIL, 2012c, p. 48).

Logo, a maior conscientização dos usuários, que surge principalmente diante do esforço de divulgação dos malefícios dos vírus de computador que incute no usuário uma postura de desconfiança quanto aos conteúdos a ele remetidos e de vigilância quanto às eventuais anomalias do sistema de seu computador (posto que alguns vírus não exigem que o usuário os aceite para que se instalem na máquina, mas podem ser detectados e impedidos de produzir efeitos por uma varredura mais rigorosa por antivírus ou, nos casos críticos, por formatação da máquina), tem gerado uma diminuição das consequências que a violação deste conteúdo da autodisciplina causam.

i) *Criação de páginas ou postagens de comentários ofensivos à honra, cumulados ou não com ofensa à imagem*: devido aos constantes reconhecimentos na esfera judicial contrários às práticas desta natureza, bem como às sanções aplicadas nas comunidades virtuais àquele que incide em tais condutas, atualmente parece que a maioria dos usuários tem consciência de que uma ofensa direta é indevida, mas por vezes deixa escapar indiretas.

Ocorre que muitos ainda acham que a criação de páginas ofensivas a terceiros, notadamente sem menção expressa do nome da vítima, é exercício lícito da liberdade de expressão.

Segundo informações da Google (2012b), o Brasil é o país com maior número de requisições de remoção de conteúdo em seu portal, o que evidencia uma tendência dos brasileiros no sentido de compreender equivocadamente os limites da liberdade de expressão e postar conteúdos ofensivos a terceiros.

A respeito da possibilidade de pedido de exclusão de conteúdo ofensivo, tem-se a política da Google (2012c):

depois que você preencher o formulário de denúncia e enviá-lo, vamos analisar o pedido e tomar as medidas necessárias, se apropriado. Para denunciar atividades ilegais, utilize esta ferramenta que irá guiá-lo pelo processo de denúncia de conteúdo que você acredita que justifica sua remoção dos serviços do *Google* com base na legislação vigente. O preenchimento deste formulário o ajudará a garantir que temos todas as informações necessárias para investigar suas consultas específicas e resolvê-las o mais rápido possível.

Percebe-se que o *site* proporciona meios para que o internauta denuncie abusos contra sua honra, embora seja questionável a destreza com que tal providência é tomada. Por sua vez, o *Facebook* (2012c) considera abusivos conteúdos de violência, ameaça, *bullyng*, assédio, dentre outros, trazendo como polícia de denúncia a seguinte:

se você encontrar algo no *Facebook* que considerar uma violação aos nossos termos, informe-nos. Lembre-se de que denunciar um conteúdo não garante que ele será removido do site. Devido à diversidade da nossa comunidade, é possível que algo possa ser desagradável ou perturbador para você sem atender ao critério de remoção ou bloqueio. Por esse motivo, oferecemos também controles pessoais sobre o que você vê, como a capacidade de ocultar ou se desvincular de pessoas, páginas ou aplicativos ofensivos.

Se existem tantos mecanismos para exclusão de conteúdos ofensivos, é justamente porque existe uma tendência no sentido de promover o exercício abusivo da liberdade de expressão, gerando ofensas à honra de terceiros.

Em pesquisa no *Facebook* (2012d) foram encontrados diversas comunidades direcionadas ao ódio de determinada pessoa, na maioria celebridades. Quanto às pessoas públicas há uma maior tolerância se criadas tais páginas, posto que existe uma autoexposição inerente às funções que elas desempenham. Talvez por isso o conteúdo não tenha sido removido pelo *site* de relacionamento. Contudo, existem limites para as ofensas mesmo a estas pessoas com destaque no cenário midiático.

Recentemente, foi polêmica a discussão entre um internauta que criou um vídeo ofensivo a determinado cantor, no qual as ofensas ultrapassavam a simples crítica e

denegriam diretamente a honra deste. O cantor não decidiu se iria processar o criador do vídeo, embora tenha ameaçado fazê-lo, mas com certeza o utilizou inicialmente para autopromoção, posto que os inúmeros acessos ao vídeo ofensivo fizeram com que a sua música se tornasse mais conhecida. (R7, 2012).

O cantor Chico Buarque (2011) está entre os que se posicionam por uma postura liberal quanto ao que é dito pelos internautas, ainda que o conteúdo seja ofensivo a pessoas públicas - descreve que os artistas estão acostumados a serem bem tratados na rua e, quando acessam a rede, se deparam com ofensas variadas, mas não haveria muito o que se fazer contra isso porque as pessoas teriam o direito de manifestar o que pensam, cabendo ao artista não dar importância a isso.

No que tange à postagem de conteúdos ofensivos à honra de determinada pessoa anônima, a tendência é pela diminuição de ofensas, diante da maior consciência dos internautas a respeito dos limites da liberdade de expressão. Contudo, atualmente, ainda há muito que se avançar sob o aspecto do cumprimento deste conteúdo autodisciplinar.

j) *Divulgação de imagens de forma não autorizada ou diversa das finalidades pretendidas, bem como referentes a conteúdos ilícitos*: as problemáticas que cercam a divulgação de imagens na *Internet* perpassam pela não atribuição da autoria da imagem ou não pagamento por ela quando sobre ela existir direito de propriedade intelectual, bem como pela postagem de imagens ofensivas à honra, notadamente nos casos de material de exploração infanto-juvenil.

Em relação à primeira questão, destaca-se que existem bases de dados nas quais os autores de uma imagem podem postá-la e vendê-la, desde que a imagem seja de sua autoria em todos os aspectos e que detenha todos direitos autorais sobre ela, como o da *Dreamstime* (2012). Com efeito, a imagem sobre a qual vige direito de propriedade intelectual não pode ter a autoria omitida e, quando o autor da imagem quiser exercer a faceta patrimonial de seu direito não poderá tal imagem ser baixada por quem não pague por ela. Bem se sabe que na *Internet* o panorama sobre os direitos autorais se modificou substancialmente, de forma que as imagens que circulam na rede pela forma de *bits* acabam sendo acessadas e compartilhadas por todos, muitas vezes ignorando mesmo o aspecto moral dos direitos de propriedade intelectual.

No mais, as ofensas à honra, muitas vezes, vêm acompanhadas de imagens como montagens, fotos da pessoa para facilitar a identificação, entre outras. Uma das imagens que caracteriza ofensa à honra e, simultaneamente, uma das maiores problemáticas sob o aspecto ético na rede mundial de computadores é a de material exploratório infanto-juvenil. São

imagens de crianças e adolescentes nus ou seminus, por vezes em postura de insinuação sexual, que são compartilhadas e divulgadas por criminosos que se aproveitam das facilidades da rede de acesso e postagem de informações para praticarem uma ofensa de alta gravidade.

Em tempos de sociedade 2.0, a pornografia infantil está no topo das denúncias de delitos cometidos na web. Segundo dados da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos contra os Direitos Humanos, entre janeiro e maio deste ano, os casos de pornografia infantil representaram quase metade de todas as denúncias recebidas pela associação – 9.516 de um total de 19.265. A impunidade está diminuindo, mas o número de prisões ainda é bem inferior ao de crimes praticados. Dados fornecidos pela Safernet Brasil, que gerencia a Central Nacional de Denúncias, mostram que entre 2003 a 2008, a Polícia Federal prendeu, em todo o Brasil, 13 agressores sexuais que usaram a *Internet* para cometer crimes contra crianças e adolescentes. De 2009 para cá, a quantidade de prisões passou de 100. (COLARES, 2012).

A diminuição de casos de violação à imagem e à honra de crianças e adolescentes pela exploração sexual se deve à postura repressiva das autoridades e, principalmente, à colaboração dos internautas pela denúncia de ilícitos presenciados na rede. No entanto, também no caso da exploração infanto-juvenil pela *Internet* a postura de prevenção se mostra como a principal alternativa:

o diálogo e a educação são as principais armas contra os perigos na rede. Os pais devem conversar abertamente sobre o uso ético, seguro e responsável da *Internet* e a escola também deve levar a discussão dentro da sala de aula. Pais e professores têm à disposição cartilhas de orientação como a Navegar com Segurança, da Childhood Brasil, e a SaferDicas, da SaferNet Brasil. O site da Childhood Brasil também disponibiliza uma área chamada "Como Agir", com dicas mais objetivas para cada público - educadores, crianças e adolescentes e pais e responsáveis. As denúncias, sempre anônimas, podem ser feitas através do canal de denúncias. (INSTITUTO CHILDHOOD, 2012).

Logo, sob o aspecto da atribuição de autoria de imagens lícitas a problemática se insere na modificação de perspectivas do direito e propriedade intelectual, o que inclusive sob o aspecto ético ainda é objeto de polêmicas no que tange à faceta patrimonial. Já em relação às imagens ofensivas à honra, notadamente de crianças e adolescentes, a postura social tem se alterado de forma relevante no sentido de denunciar e prevenir ilícitos.

k) *Apropriação de identidade alheia, para praticar ou não ofensa à honra*: apropriar-se de fotos e identidade era algo mais comum quando a rede começou a ocupar espaço de destaque no seio social, mas as sanções de exclusão têm impulsionado alguma diminuição. Neste sentido, uma das principais razões para o pedido de exclusão de membros é a apropriação de informações pessoais para criação de perfil paralelo, muitas vezes ofensivo.

O furto de identidade, ou *identity theft*, é o ato pelo qual uma pessoa tenta se passar por outra, atribuindo-se uma falsa identidade, com o objetivo de obter vantagens indevidas. Alguns casos de furto de identidade podem ser considerados como crime contra a fé pública, tipificados como falsa identidade.

No seu dia a dia, sua identidade pode ser furtada caso, por exemplo, alguém abra uma empresa ou uma conta bancária usando seu nome e seus documentos. Na *Internet* isto também pode ocorrer, caso alguém crie um perfil em seu nome em uma rede social, acesse sua conta de *e-mail* e envie mensagens se passando por você ou falsifique os campos de *e-mail*, fazendo parecer que ele foi enviado por você.

Quanto mais informações você disponibiliza sobre a sua vida e rotina, mais fácil se torna para um golpista furtrar a sua identidade, pois mais dados ele tem disponíveis e mais convincente ele pode ser. (BRASIL, 2012c, p. 06).

As redes sociais possuem uma preocupação especial com os casos de apropriação de identidade alheia, criando mecanismos para denúncia com a consequente exclusão do perfil falso. Consta nos padrões da comunidade *Facebook* (2012c):

no *Facebook*, as pessoas conectam-se e compartilham usando suas identidades reais. Esta cultura cria responsabilidade e gera confiança e segurança para todos. Dizer que é outra pessoa, criar diversas contas ou representar de maneira falsa uma organização coloca em risco a comunidade e viola os termos do *Facebook*. Por fim, você não pode publicar informações pessoais de outras pessoas.

Da mesma forma, o *Orkut* (2012c) possibilita mecanismos para exclusão de perfis que se apropriem de identidade alheia, exigindo que a vítima cuja identidade está sendo utilizada peça a mesma tal remoção e recomendando que antes do contato com a mantenedora seja feita uma tentativa de comunicação com o perfil falso:

para registrar uma reclamação de roubo de identidade no *Orkut*, você precisa provar que o perfil falso está fingindo ser você. Para ser considerado roubo de identidade, o perfil que finge ser você precisa estar usando um nome idêntico (ou que seja bem parecido) ao seu nome real, como consta no seu documento.

Como o *Orkut* oferece uma plataforma para que os usuários possam postar e compartilhar informações, nós não podemos determinar a precisão do material postado por terceiros. Sendo assim, caso você se depare com um perfil fingindo ser você, tente entrar em contato com o autor desse perfil falso ("perfil *fake*") para solicitar que ele seja removido.

Geralmente, as identidades assumidas falsamente com finalidade de cometer crime contra a honra são dos inimigos pessoais, os quais são ofendidos pelo o autor do ilícito que se passa por eles, como se a ofensa fosse proferida pelo próprio ofendido. Ainda, muitas identidades são assumidas não para ofender seu verdadeiro detentor, mas para se aproveitar de alguma coisa que estas possam render, como beleza ou fama - não se fala aqui da criação de

personagens fictícios cuja identificação da identidade real do criador é facilmente determinada e não há má-fé ou intenção de se beneficiar às custas de terceiros.

Diante da postura determinada das mantenedoras de excluir os perfis falsos e da colaboração dos internautas no sentido de denunciar tais páginas, cada vez são vistas menos páginas com tal viés, ou quando isto ocorre é comum que rapidamente sejam tiradas do ar, embora ainda seja necessário melhorar muito em postura ética e celeridade na atividade de exclusão. O maior problema enfrentado pelos internautas que passam por essa situação é conseguir com que a página clonada ou invadida e que contenha ofensa seja retirada do ar pelo provedor do aplicativo em um tempo razoável, gerando danos irreparáveis. Logo, o cumprimento deste conteúdo de autorregramento ainda é parcial.

1) *Postagem de conteúdos ofensivos a qualquer minoria étnica, racial, sexual ou cultural*: o incentivo ao ódio tem perdido cada vez mais espaço, mas ainda existem muitos sites e comunidades neste sentido. Prova desta perda de espaço pode ser percebida numa simples busca por comunidades nas redes sociais, bem como pelo conteúdo dos termos de uso destas nos quais os incentivos ao ódio são vedados.

Em pesquisa no *Orkut* (2012d) foi possível notar a existência de cerca de 1000 comunidades virtuais fazendo menção ao repúdio ao preconceito, algumas com numeração expressiva, como a "Eu Sou contra o Preconceito", com quase 900.000 membros. Já no *Facebook* (2012d), cuja estrutura é menos favorável às participações em comunidades porque a interação por elas permitida já é possível em grupos privados e no próprio perfil do internauta, a comunidade "Diga não ao racismo, preconceito e discriminação" conta com quase 7.000 membros.

Como visto na letra *d*), o *Facebook* (2012c) tem uma política intolerante quanto aos discursos de ódio, repudiando que alguém seja atacado com base em sua raça, etnia, nacionalidade, religião, gênero, orientação sexual, deficiência ou doença. Ainda, no mesmo sentido, é a orientação do *Orkut* (2012c): "nós não permitimos manifestações de ódio contra grupos de pessoas baseado em raça ou origem étnica, religião, idade, deficiência, sexo ou orientação/identidade sexual". Sendo estas as principais comunidades virtuais com participação direta dos internautas, justifica-se assim uma diminuição dos discursos de ódio.

No entanto, os limites entre manifestação do pensamento e o preconceito explícito são delicados. Se, por um lado, o internauta não é obrigado a pensar como os demais, por outro, não pode negar caracteres fundantes do Estado Democrático, como a igualdade entre os homens. Geralmente, aqueles que o fazem utilizam identidades ocultas, posto que sabem que estão manifestando um conteúdo ilícito.

Em busca pela rede, foi encontrado o relato de um blogueiro no qual expõe uma discussão que teve num fórum de discussão do *Orkut*, quando um internauta, sob identidade oculta, defendeu a homofobia e a desigualdade entre homens e mulheres por sua opção sexual (ANDRÉ, 2011) - evidente que tal manifestação vai de contramão com os ditames de igualdade e dignidade do Estado Democrático, motivo pelo qual deve ser repreendida.

Noutro caso, a manifestação de uma internauta contra os nordestinos - "Nordestino não é gente. Faça um favor a São Paulo: mate um nordestino afogado" - gerou uma repercussão inesperada, notadamente na ordem organizada do Direito, gerando condenação judicial por crime de preconceito. Não obstante, a mensagem chegou a conhecimento das autoridades porque os internautas se indignaram com seu teor, repreendendo a autora em suas páginas. O que chama atenção é o teor dos depoimentos das testemunhas, notadamente um dos professores da autora do fato, no qual ele relata que sempre a viu sendo tratada como criança pelos pais, que não acreditava que ela teria maturidade para discernir sobre a licitude de seu fato, que depois das aulas de direito constitucional e devido à liberdade naturalmente proporcionada pela rede parece que ela pensou que poderia manifestar sua opinião em qualquer sentido - incidindo então na manifestação preconceituosa. A juíza federal destacou o quanto era lamentável que aquela não fosse a única menção de ódio aos nordestinos na rede, mas nem por isso a atitude seria justificável, além do que não importava se a autora não fosse em si preconceituosa - o que devia ser considerado era o ato por ela cometido, e este foi visivelmente preconceituoso, motivo pelo qual deveria ser condenada (BRASIL, 2012h).

Repressões dentro das comunidades virtuais e por parte do Direito têm implicado numa contenção, mas não extinção, das práticas preconceituosas. A conscientização dos internautas tem continuado e, cada vez mais, este passa a conhecer os limites para a manifestação de suas ideias sem que elas exteriorizem um ato contrário à Moral e à justiça. Nota-se, então, o cumprimento parcial e crescente deste conteúdo da autodisciplina na rede.

m) *Atuação no comércio eletrônico com boa-fé e solicitude, permitindo que o consumidor exerça todos os seus direitos e que cada um receba exatamente o bem ou serviço pelo qual pagou*: prova de que a segurança no comércio eletrônico melhorou é o aumento de pessoas que utilizam este serviço, como visto no tópico 2.3.3 - de 11% para 26%, de acordo com dados do Comitê Gestor da *Internet* no Brasil (BRASIL, 2007a, p. 60; BRASIL, 2012b).

No entanto, ainda existem violações frequentes, sendo as mais comuns: criação de páginas falsas que firmam o negócio jurídico de compra e venda com o cliente mas não entregam o produto ou prestam o serviço, ou mesmo oferecem promessas milagrosas de interesse do consumidor que jamais serão cumpridas; e páginas reais que se aproveitam da

impessoalidade proporcionada pela rede para prestarem serviços ou entregarem produtos de forma deficiente e dificultam a reparação mesmo com constantes reclamações dos clientes.

A respeito do golpe do site de comércio eletrônico fraudulento, a Cartilha de Segurança do Comitê Gestor da *Internet* no Brasil destaca:

neste golpe, o golpista cria um site fraudulento, com o objetivo específico de enganar os possíveis clientes que, após efetuarem os pagamentos, não recebem as mercadorias.

Para aumentar as chances de sucesso, o golpista costuma utilizar artifícios como: enviar *spam*, fazer propaganda via *links* patrocinados, anunciar descontos em *sites* de compras coletivas e ofertar produtos muito procurados e com preços abaixo dos praticados pelo mercado.

[...] Prevenção:

- faça uma pesquisa de mercado, comparando o preço do produto exposto no site com os valores obtidos na pesquisa e desconfie caso ele seja muito abaixo dos praticados pelo mercado;
- pesquise na *Internet* sobre o site, antes de efetuar a compra, para ver a opinião de outros clientes;
- acesse *sites* especializados em tratar reclamações de consumidores insatisfeitos, para verificar se há reclamações referentes a esta empresa;
- fique atento a propagandas recebidas através de *spam* [...];
- seja cuidadoso ao acessar *links* patrocinados [...];
- procure validar os dados de cadastro da empresa no site da Receita Federal;
- não informe dados de pagamento caso o *site* não ofereça conexão segura ou não apresente um certificado confiável [...]. (BRASIL, 2012c, p. 12-13).

Com efeito, assim como no plano físico em que predomina a ordem organizada e não a ordem social autônoma, a cautela do consumidor se mostra essencial para que o dano seja evitado. Na *Internet* existem tantas pessoas com má-fé quando no plano físico e somente uma postura de autocensura do internauta, prevenindo-se do ilícito ao não buscar tirar vantagem comprando produtos muito abaixo do preço de mercado ou evidentemente inexistentes por prometerem um resultado milagroso. De fato, num pleno cumprimento da autodisciplina por parte dos que ofertam produtos e serviços na rede nem seria necessária tal prevenção, posto que agiriam sempre de boa-fé e cumpririam estritamente com o pactuado.

Entre as lojas virtuais que constantemente recebem reclamações por não cumprirem com o pactuado, segundo o ranking do Reclame Aqui (2012a), destacam-se Americanas (7º lugar), *Walmart* (10º lugar) e Ricardo Eletro (14º lugar). Todas estas empresas possuem lojas físicas, as quais se encontram melhor classificadas que as lojas virtuais. Geralmente, as reclamações demoram para ser respondidas e o direito ao arrependimento é dificultado de tal forma que o consumidor se conforma e fica com o produto.

As violações continuam e, dificilmente, será possível exterminá-las: no máximo, cabe buscar uma diminuição constante destas práticas, tanto pela boa-fé dos fornecedores quanto pela autocensura do usuário. Entre os mecanismos que proporcionam a redução de

práticas desta natureza e facilitam a reparação ao internauta destacam-se *sites* de reclamação. Entre eles se encontra o Reclame Aqui (2012b):

o sistema de reclamações é aberto a qualquer cidadão que preencha corretamente o cadastro no site.

Sem qualquer custo a reclamação é publicada e um aviso é encaminhado via e-mail à parte reclamada, caso a empresa tenha seu Serviço de Atendimento ao Cliente Cadastrado no Reclame Aqui.

As empresas poderão responder a qualquer momento, publicando assim a resposta à reclamação do cidadão, bastando apenas estarem cadastradas no *site*.

Logo, ainda há muito que se avançar sob o aspecto de conferir maior segurança às relações de consumo na rede pelo respeito dos ditames éticos inerentes à autodisciplina, tanto por parte do fornecedor quanto do consumidor (autocensura), verificando-se um atendimento parcial do agir esperado no autorregramento na *Internet*.

n) *Sob o aspecto do direito moral do autor, não cabe a alteração ou omissão da autoria*: embora a questão do direito moral do autor não seja a que mais comprometa os direitos de propriedade intelectual no ciberespaço, predominando a atribuição de autoria corretamente de conteúdos, existem textos que circulam com nome de autores famosos geralmente falsos, além de outros cuja autoria não é atribuída.

No *Facebook* (2012e), a moda de citar frases de Clarice Lispector e Caio Fernando Abreu atingiu tal nível que brincadeiras se tornaram comuns: uma delas foi a criação da comunidade Clarice de TPM, com quase 100.000 membros, na qual imagens da autora são mescladas com frases que visivelmente não são de sua autoria mas que evidenciam o humor ácido e a melancolia epifânica que eram marcos de sua literatura.

O autor Arnaldo Jabor (2008), famoso por suas crônicas, peças, livros e críticas, tem sido uma das maiores vítimas da violação dos direitos morais do autor na *Internet*, como explica em um de seus textos:

ando pela rua e as pessoas me abordam: "Adorei o seu artigo que está circulando na *Internet*! Maior sucesso!" Pergunto, já com medo: "Que artigo?" "Esse texto genial que você escreveu, que se chama A Mulher Impulsiona o Mundo: 'É você mulher, quem impulsiona o mundo. É você quem tem o poder, e não o homem. É você quem decide. Bendita a hora em que você saiu da cozinha'" Não me agüento e digo: "Você acha que eu ia escrever uma bobagem dessas?" Aí, o admirador do texto apócrifo, fã de um "Jabor virtual", se encolhe ofendido: "Mas... tem coisas legais..." E eu, implacável: "Acho uma bosta..." Pronto! O sujeito sorri amarelo e vira meu inimigo para sempre.

Já reclamei aqui desses textos apócrifos, mas tenho de me repetir. Não dá mais. Todo dia surge na *Internet* uma nova besteira, com dezenas de *e-mails* me elogiando pelo que eu não fiz.

[...]

Dentro da *Web*, sou campeão mundial de lugares-comuns.

[...]

E não publicam só textos safadinhos, mas até coisas épicas, como uma esplendorosa Ode aos Gaúchos que eu teria escrito, o que já me valeu abraços apertados de machos bigodudos em Porto Alegre, quebrando-me os ossos.

[...]

Não sou gay (ainda), mas esse texto me cobre com uma fresca chuva de purpurina. Logo depois, aparece outro artigo onde "eu-virtual" teria escrito: "Antigamente o homossexualismo era proibido no Brasil. Depois passou a ser tolerado. Hoje é aceito como coisa normal. Eu vou-me embora antes que passe a ser obrigatório." Ou seja, sou gay e homofóbico ao mesmo tempo.

[...]

Mas o pior são artigos escritos em meu nome por inimigos covardes para me sujar. Há um texto rolando nos computadores - há mais de um ano - que diz coisas como: "Brasileiro é babaca. Elege para o cargo mais importante do Estado um sujeito que não tem escolaridade e preparo nem para ser gari. Brasileiro é um povo trabalhador. Mentira. Brasileiro é vagabundo por excelência. Um povo que se conforma em receber uma esmola do governo de 90 reais mensais para não fazer nada, não pode ser adjetivado de outra coisa que não de vagabundo. 90% de quem vive na favela é gente honesta e trabalhadora. Mentira. Muito pai de família sonha que o filho seja aceito como 'aviãozinho' do tráfico para ganhar uma grana legal. Se a maioria da favela fosse honesta, já teriam existido condições de se tocar os bandidos de lá para fora, porque podem matar 2 ou 3 mas não milhares de pessoas. O brasileiro merece! É igual a mulher de malandro - gosta de apanhar..."

Ou seja: admiram-me pelo que eu teria de pior; sou amado pelo que não escrevi. Na *Internet*, eu sou machista, gay, homofóbico, idiota, corno e fascista. É bonito isso?

A situação descrita pelo autor evidencia o quanto as violações ao direito moral do autor também podem atingir níveis críticos. No entanto, devido ao intenso fluxo de informações propiciado pela rede mundial de computadores, modificar tal panorama exigiria principalmente uma nova postura pessoal dos internautas, verificando a real autoria das informações por ele compartilhadas. Assim, trata-se também de uma diretiva autodisciplinar cujo cumprimento é parcial.

o) *Sob o aspecto do direito patrimonial do autor, para que seja impedido o download de determinados conteúdos é preciso que seja colocada à disponibilidade do internauta uma vasta gama de informações, incluindo parcelas de obras protegidas pelo direito patrimonial do autor, ainda que sem a possibilidade de baixá-las:* no capítulo anterior foi frisado que uma das questões mais polêmicas no âmbito da rede mundial de computadores era justamente a dos direitos patrimoniais do autor. Afinal, a *Internet* transformou cada usuário num potencial copiador, podendo imprimir livros e gravar CDs e DVDs. Então, questionou-se se a leitura do aspecto patrimonial dos direitos de propriedade intelectual deveria permanecer a mesma, concluindo-se que não. Contudo, neste momento se põe em

cheque a efetiva mudança de posturas, não só por parte do internauta - algo que já ficou claro - e sim, principalmente, por parte dos autores detentores do direito em questão e das editoras e gravadoras responsáveis pela divulgação dos trabalhos.

Em primeiro lugar, percebe-se a construção de um cenário musical alternativo no Brasil, propiciando o acesso e *download* gratuito de música de qualidade, o que é fundamental sob o aspecto da construção da cultura popular.

Bôscoli e Szajman (2004), presidentes da comunidade eletrônica *Trama Virtual*, são a maior prova de que a *Internet* pode e deve ser usada para evidenciar talentos, não se tornando uma rede restrita à marginalidade na busca de *downloads* ilegais: "acreditamos em novas e tradicionais tecnologias, que criam novas maneiras de trabalhar, produzir, pesquisar, ver e ouvir. A tecnologia digital (*Internet*, celular, TV, etc.) é a maior difusora de música da história da humanidade, convergindo divulgação e consumo em tempo real".

O *site* Trama Virtual (2012) trabalha com acervos gratuitos de músicas, disponibilizados com autorização dos artistas ou de seus sucessores, entre os quais se encontram artistas de renome, como Rita Lee, Elis Regina, Tim Maia e Gal Costa.

Por sua vez, Anitelli (2010), um dos organizadores do grupo Teatro Mágico, conhecido por ter recusado um contrato musical de mais de 1 milhão de reais para continuar fazendo música livre, defende:

com as grandes gravadoras no domínio absoluto do processo de produção, difusão e promoção, era praticamente impossível qualquer forma de perpetuação e construção de carreira musical independente, sólida e abrangente. [...] Certamente, a *Internet* foi o que mais reconfigurou todo o mercado musical. Essa ferramenta que tem revolucionado o mundo foi capaz de recriar a relação não somente do mercado com o artista, mas também do artista com seu público [...] Mais do que uma ação, atuar pela música livre é uma postura. Por isso, desde 2008 estamos construindo o movimento Música pra Baixar (MPB). Nossa luta é pela criação de mecanismos mais igualitários e democráticos de produção, distribuição e acesso, à música e à cultura em geral.

Nota-se uma razoável mudança no cenário musical brasileiro, que vem evoluindo com o passar dos anos e com a criação de novos mecanismos na *Internet*. Não é possível fechar os olhos a essa nova realidade, o que deve ser considerado para o estabelecimento do agir ético por parte do usuário.

Sob o aspecto do *download* de livros, a *Google* travou por anos uma briga com diversas editoras dos Estados Unidos em razão de seu mecanismo de busca de livros. Contudo, conseguiu firmar um acordo com as editoras do país, no qual serão divulgados parcialmente os livros protegidos por direito do autor. Além disso, a *Google* firmou parceria

com as bibliotecas americanas para disponibilizar integralmente obras não protegidas por direito do autor e parcialmente, com a respectiva resenha, obras por ele protegidas. A empresa pretende firmar acordos semelhantes a esse em todo o mundo. (GOOGLE, 2010). O acesso às páginas da Google permite a visualização de diversas páginas com livros em português digitalizados parcialmente. Assim, também vem ocorrendo mudança no cenário mundial sob esse aspecto.

Não obstante, a *Internet* propiciou que obras sobre as quais não vige direito patrimonial do autor pudessem facilmente se acessadas pelo *site* do Domínio Público, entre elas obra completa de autores como Machado de Assis e Fernando Pessoa, além de clássicos da música (BRASIL, 2012i).

Menos delicada que a questão do *download* de trabalhos é a do acesso ao conteúdo, criando verdadeiras bibliotecas virtuais nas quais não há informações que não possam ser obtidas. Por exemplo, no portal de vídeos do *Youtube* (2012) são poucas as músicas que não podem ser ouvidas em videoclipes, muitas vezes disponibilizados pelos próprios artistas no interesse de verem seus trabalhos divulgados. Há, ainda cantores como Nando Reis (2010), um dos maiores arrecadadores de direito patrimonial no Brasil, que criou em seu site uma espécie de biblioteca virtual de seus discos, possibilitando ao usuário que escute todos os CDs por ele produzidos *on-line*. Sendo possível ao menos o acesso à informação, sem possibilidade de baixá-la, o internauta não teria o que reclamar, posto que sua liberdade de se informar estaria garantida.

Assim, percebe-se o crescimento da liberdade de informação na rede mundial de computadores, propiciando que o internauta acesse boa parte dos conteúdos que lhe interessem independentemente de pagamento. Cientes da nova realidade, artistas e autores em geral buscam investir em outros aspectos para obtenção de lucro, utilizando a rede para facilitar a divulgação de seu trabalho - não é a toa que hoje em dia muitos autores começam a fazer sucesso na *Web* e depois conseguem pessoas dispostas a lançarem o material físico de sua autoria, seja livros ou CDs. No entanto, ainda há aqueles entes, notadamente gravadoras e editoras, que insistem em buscar a restauração dos padrões anteriormente vigentes na sociedade informacional, o que vai contra as diretrizes de autodisciplina que ora se delineiam.

p) *Trata-se de indevida ingerência na privacidade do cidadão o tratamento de registros para além do estritamente necessário para garantir a punição pelos atos ilícitos, sob pena de se criar um estado de vigilância no qual a privacidade seja extinta:* como visto no tópico 2.4.6, na *Internet* se mostram como relevantes duas camadas de registro, a de rede, na qual o IP e o horário do acesso ficam registrados, e a de aplicação, na qual todos os demais

registros que envolvem o uso de aplicações da *Web* ficam guardados (tendo por aplicação todo recurso proporcionado por uma mantenedora de sítio nesta rede). No Brasil, atualmente, todos os registros destas camadas ficam guardados.

As Práticas de Segurança para Administradores de Redes *Internet*, do Comitê Gestor da *Internet* no Brasil, recomendam que:

[...] os *logs* não podem ser mantidos *on-line* por tempo indeterminado, pois acabam por consumir muito espaço em disco. A melhor estratégia para resolver esta questão é transferir periodicamente os *logs* do disco para dispositivos de armazenamento *off-line*, tais como fita, CD-R ou DVD-R.

É recomendável gerar um *checksum* criptográfico (tal como MD5 ou SHA-1) dos *logs* que são armazenados *off-line*. Esse *checksum* deve ser mantido separado dos *logs*, para que possa ser usado para verificar a integridade destes caso eles venham a ser necessários.

Os *logs* armazenados *off-line* devem ser mantidos por um certo período de tempo, pois podem vir a ser necessários para ajudar na investigação de incidentes de segurança descobertos posteriormente. O Comitê Gestor da *Internet* no Brasil recomenda que *logs* de conexões de usuários de provedores de acesso estejam disponíveis por pelo menos 3 anos (vide <http://www.cgi.br/acoes/desenvolvimento.htm>). É aconselhável que os demais *logs* sejam mantidos no mínimo por 6 meses.

É importante que os *logs* armazenados *on-line* sejam incluídos no procedimento de *backup* dos seus sistemas (backups são tratados na seção 4.9) (BRASIL, 2012j).

Logo, o Comitê Gestor da *Internet* entende que os registros de conexão devem ser mantidos armazenados pelo prazo de 3 (três) anos, enquanto que os registros de aplicação precisam estar disponíveis por ao menos 6 (seis) meses. Por questões técnicas, recomenda-se a guarda de registros em discos como CDs e DVDs, evitando que o sistema se sobrecarregue de dados e fique passível de violações. De maneira geral, os servidores têm cumprido as recomendações do Comitê Gestor da *Internet*, embora elas não sejam coativas. Com certeza, contribui para a adoção deste posicionamento o fato de o Judiciário constantemente decidir que o não fornecimento das informações requisitadas gera a responsabilidade civil do servidor, como se pretende aprofundar no próximo capítulo. Assim, tem-se um regramento não cogente, que tem sido cumprido de certo modo para evitar responsabilizações na esfera judiciária e que peca por não estabelecer exatamente os servidores responsáveis pela guarda dos tipos de registros (provedor ou mantenedor), além de - justamente por não ter poder de coação - impede que o internauta tenha certeza a respeito do cumprimento do prazo estabelecido.

Tal situação de insegurança evidencia dois aspectos: 1) no contexto atual da *Internet* a vigilância do cidadão pela guarda de registros tem se firmado como uma tendência porque nem mesmo a única diretiva não coativa é cumprida com rigor, além de não haver

uniformização nos tribunais; 2) a orientação atual do Comitê Gestor da *Internet* não guarda a compatibilidade constitucional que seria necessária para a preservação da privacidade dos internautas e excede os limites para a simples punição de ilícitos. Logo, de uma maneira geral, este conteúdo da autodisciplina - que fica na mão praticamente dos mantenedores que atuam diretamente na rede - não tem sido cumprido, gerando prejuízo à construção do espaço liberalista e autônomo da *Internet*. Melhor seria se, ao menos, tal conduta estivesse gerando um benefício à segurança jurídica, mas não está, diante da ausência de critérios determinados sobre a guarda de registros tanto para usuários quanto para servidores, o que implica em instabilidade. A princípio, parece ser um dos raros casos em que a atuação legislativa tem surgido como uma necessidade, até mesmo porque não depende do internauta o seu cumprimento e sim das corporações atuantes na *Web*, mas as polêmicas que o cercam parecem iludir o legislador, o qual insiste numa postura que mescla minimalismo quando indispensável a ingerência e maximalismo quando esta não é tão necessária, como se aprofundará em tópico específico.

q) *Todo exercício inerente à segurança jurídica deve exteriorizar uma necessidade tal que não interfira indevidamente em outros direitos*: a atuação estatal limitada tem um aspecto moral porque envolve a permissão de que o indivíduo construa sua personalidade sem ingerências, mas o enfoque essencial é o jurídico já que o Direito é o instrumento que serve à ordem organizada comandada pelo Estado. Por isso, o estudo do respeito a este conteúdo reflexo à autodisciplina na rede, que já foi abordado em alguns pontos do capítulo 2, será aprofundado no capítulo 4, no qual se tem por objeto os reflexos jurídicos do autorregramento na *Internet*. Afinal, como se viu até o presente momento, predomina a parcialidade do cumprimento aos preceitos éticos que devem se consolidar na autodisciplina na rede e, em muitos aspectos, se perfaz o dever jurídico dos entes sociais pela formação de uma ordem social autônoma salutar, seja preventivo (em especial, o educacional) ou repressivo (sanção, inclusive na forma organizada).

CAPÍTULO 4 - AUTORREGULAMENTAÇÃO NA *INTERNET* E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS

A autodisciplina na *Internet* tem por elementos fundantes os conceitos éticos que se consolidaram ao longo dos tempos, os quais se encontram recepcionados pelo Direito, em especial no contexto constitucional. Embora o ciberespaço constitua uma ordem social autônoma, não significa que seja anárquico, de forma que deve coexistir com a ordem organizada predominante no plano físico que é a do Direito. A diferença é que na rede predomina a autodisciplina, servindo o Direito como elemento complementar, o qual corrobora as regras de justa conduta estabelecidas entre os usuários quando elas não o confrontarem de forma direta - embora possam exigir sua releitura.

Expõe Hayek (1998, p. 38):

[...] nós nos preocupamos apenas com o fato que uma ordem não feita pelo homem realmente existe e com as razões porque isto não é mais prontamente reconhecido. A razão principal é que estas ordens, assim como as do mercado, não impõem-se aos nossos sentidos, mas têm de ser delimitadas pelo nosso intelecto. Nós não podemos ver, ou de outra forma intuitivamente perceber, esta ordem de ações significativas, mas estamos somente aptos mentalmente a reconstruir isto traçando as relações que existem entre os elementos. Nós devemos descrever este recurso dizendo que isto é uma ordem abstrata e não concreta. (tradução nossa)⁶⁹.

Cada vez mais o Direito é influenciado pela sociedade, processo que se intensifica quando ele pretende regulamentar uma ordem social autônoma que com ele coexiste. "O pensamento jurídico parece já ser governado de tal modo por novas concepções das funções da lei que, se estas concepções fossem aplicadas consistentemente, todo o sistema de regras de conduta individual seria transformado em um sistema de regras de organização" (tradução nossa)⁷⁰ (HAYEK, 1998, p. 67). Entendem Bastos e Meyer-pflug (2007, p. 145):

o ordenamento jurídico é um sistema dinâmico que interage com a realidade fática que visa a regular. As mudanças e as transformações ocorridas no seio da sociedade interferem diretamente no ordenamento jurídico, que deve, por sua vez, acompanhar essas alterações. Não se faz possível, nem muito menos

⁶⁹ No original: "[...] we are concerned only with the fact that an order not made by man does exist and with the reasons why this is not more readily recognized. The main reason is that such orders as that of the market do not obtrude themselves on our senses but have to be traced by our intellect. We cannot see, or otherwise intuitively perceive, this order of meaningful actions, but are only able mentally to reconstruct it by tracing the relations that exist between the elements. We shall describe this feature by saying that it is an abstract and not a concrete order".

⁷⁰ No original: "Legal thinking appears already to be governed to such an extent by new conceptions of the functions of law that, if these conceptions were consistently applied, the whole system of rules of individual conduct would be transformed into a system of rules of organization".

viável, que as normas jurídicas, principalmente as normas constitucionais, se apresentem afastadas e defasadas da realidade fática.

Num contexto de alto dinamismo do sistema jurídico para que o Direito possa coexistir com a ordem social autônoma, incentivando que cada vez mais ela se funde em ditames éticos, ganha importância o processo de interpretação, notadamente a constitucional, no qual os princípios constitucionais servem de base jurídica para resgatar preceitos morais fundamentais e aplicá-los aos conflitos que se estabeleçam no ciberespaço e não sejam solucionados pelo próprio grupo social, mas levados à decisão da ordem organizada.

O intérprete pode, assim, agregar esses novos elementos - tais como mudanças de valores, evoluções tecnológicas - ao conteúdo abstrato da norma constitucional sem, contudo, violar a letra da lei ou seu conteúdo essencial. Desta forma, as normas constitucionais vão sendo atualizadas sem que se faça necessário utilizar a via formal - qual seja, a edição de uma emenda constitucional. (BASTOS; MEYER-PFLUG, 2007, p. 146-147).

Tornar o Direito mais compatível com as expectativas da ordem social autônoma sem que ela perca em ética e sem que a liberdade e autonomia deixem de ser os seus traços característicos é um papel de todos entes sociais, não somente do Estado. De um lado, pretende-se que o Estado em todas suas esferas proporcione o bom desenvolvimento da ordem autodisciplinar, seja educando os usuários, seja utilizando a coação quando estritamente necessário, o que será abordado no tópico 4.2. Por outro lado, o dever de atendimento ao conteúdo do autorregramento e, em alguns casos, de sua divulgação e incentivo, também pertence aos demais entes sociais, independentemente de legislação infraconstitucional específica mediante a aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a qual possibilita uma maior compatibilidade entre Moral e Direito também nas relações entre particulares, assunto tratado no ponto 4.1.

4.1 Do dever dos entes sociais

Num contexto em que predomina a autodisciplina, a tendência é de necessariamente retirar parte do foco na atuação estatal. Por isso, um papel de destaque é conferido aos demais entes sociais, notadamente os internautas e as pessoas jurídicas mantenedoras de sítios na rede mundial de computadores. Em menor posição de relevância têm-se os deveres daqueles que não atuam diretamente na rede, como pessoas jurídicas que a utilizam de forma complementar ou indivíduos que se mantiveram alheios à era da informatização. Assim, se mostra necessário conferir importância às regras de justa conduta estabelecidas fora da esfera de atuação estatal, sendo somente corroboradas ou adaptadas nela.

A tendência dos desenvolvimentos modernos tem sido cada vez mais tirar o foco desta distinção pela qual, por um lado, se isentam os órgãos governamentais das regras gerais de justa conduta, e por outro, sujeitam a conduta de indivíduos e de organizações privadas a propósitos especiais - regras dirigidas, ou mesmo para comandos especiais ou permissões por agências administrativas. (tradução nossa)⁷¹ (HAYEK, 1998, p. 132)

Como se frisou no capítulo anterior, não se pretende defender que o ciberespaço funcione como uma ordem social autônoma livre de intervenções. Visando manter o cumprimento de preceitos éticos tem-se que as regras de conduta ora estabelecidas num contexto de predomínio da autodisciplina não pode contrariar os preceitos fundantes da ordem constitucional, embora possa possibilitar uma releitura dos princípios nela consolidados. Por vezes, a atuação estatal será necessária. A questão é que tal intervenção se sujeite a limites, não comprometendo o caráter liberalista e democrático do ciberespaço que tanto tem contribuído para a retomada da autonomia individual. Para tanto, natural a transferência de responsabilidades aos demais entes sociais, equilibrando iniciativa privada com controle organizado estatal, conforme explica Russel (2005, p. 67):

uma sociedade saudável e progressiva requer tanto controle central quanto iniciativa individual e grupal: sem controle há anarquia, e sem iniciativa há estagnação. Eu quero nesta leitura chegar a alguns princípios gerais quanto a quais questões devam ser controladas e quais devam ser deixadas à iniciativa privada ou semiprivada. Algumas das qualidades que nós devemos desejar encontrar numa comunidade são em sua essência estáticas, enquanto outras são por sua natureza autêntica dinâmicas. Falando muito cruamente, nós poderíamos esperar das qualidades estáticas que fossem conformadas pelo controle governamental enquanto as qualidades dinâmicas deveriam ser promovidas pela iniciativa de indivíduos ou grupos. Mas se tal iniciativa é para ser possível, e se isto for para ser frutífero e não destrutivo, terá que ser promovido pelas instituições apropriadas, e a salvaguarda de tais instituições terá que ser uma das funções do governo. (tradução nossa)⁷².

Devido à já abordada compatibilidade entre Moral e Direito numa Constituição que assegure adequadamente direitos humanos fundamentais, percebe-se o necessário dever de extensão da responsabilidade pelo cumprimento destes preceitos constitucionais por todos os

⁷¹ No original: "The tendency of modern developments has been increasingly to blur this distinction by, on the one hand, exempting governmental agencies from the general rules of just conduct and, on the other, subjecting the conduct of private individuals and organizations to special purpose - directed rules, or even to special commands or permissions by administrative agencies".

⁷² No original: "A healthy and progressive society requires both central control and individual and group initiative: without control there is anarchy, and without initiative there is stagnation. I want in this lecture to arrive at some general principles as to what matters should be controlled and what should be left to private or semi-private initiative. Some of the qualities that we should wish to find in a community are in their essence static, while others are by their very nature dynamic. Speaking very roughly, we may expect the static qualities to be suitable for governmental control, while the dynamic qualities should be promoted by the initiative of individuals or groups. But if such initiative is to be possible, and if it is to be fruitful rather than destructive, it will need to be fostered by appropriate institutions, and the safeguarding of such institutions will have to be one of the functions of government".

entes sociais. Neste sentido, se destaca a questão da participação do cidadão na consolidação de uma ordem social mais justa e democrática. Afinal, como ensina Canotilho (1998, p. 278), o princípio democrático não se limita ao modelo de representatividade:

em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa - órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas [sic] possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo [sic] crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder [...].

Se a participação direta no poder é um direito do cidadão, natural que surja o dever de permitir que a sociedade se consolide de forma crescente em preceitos éticos, de forma que seja cada vez mais salutar nela conviver. Para tanto, surge o dever de todos os entes sociais no sentido de respeitar os direitos fundamentais, que ora exteriorizam a incorporação entre Moral e Direito, independentemente da existência de legislação específica assim determinando.

[...] a experiência social evidencia que o fenômeno das restrições a direitos fundamentais não se circunscreve exclusivamente às relações entre indivíduo(s) e poderes públicos (relações verticais). Nas relações jurídicas entre particulares (relações horizontais) também se materializam restrições a direitos fundamentais. A dogmática e a jurisprudência constitucionais já há algum tempo se aperceberam disso e elegeram como objeto de análise, discussão e decisão o tema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais - também conhecido como o tema de eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares ou, ainda, como o tema da eficácia horizontal de direitos fundamentais. (STEINMETZ, 2007, p. 13).

As controvérsias na questão do processo de constitucionalização do Direito, ora pressuposto para que se possa falar num dever de respeito aos direitos fundamentais que não por parte do Estado e sim por todos os entes sociais, se fundam na premissa de que os direitos fundamentais - notadamente os de liberdade - serviriam apenas para a abstenção estatal.

[...] ainda que com relativizações, os direitos fundamentais foram concebidos como direitos cujos efeitos se produzem na relação entre o Estado e os particulares. Essa visão limitada provou-se rapidamente insuficiente, pois se percebeu que, sobretudo em países democráticos, nem sempre é o Estado que significa a maior ameaça aos particulares, mas sim outros particulares, especialmente aqueles dotados de algum poder social ou econômico. (SILVA, 2008, p. 18).

Contudo, de uma forma ou de outra os direitos fundamentais limitam a atuação de todos os entes sociais: ocorre que, por vezes, tal dever será estendido pelo legislador quando da elaboração da norma infraconstitucional, utilizando as cláusulas gerais como instrumento

norteador, enquanto que em outras situações será preciso aplicar diretamente os direitos fundamentais. Logo, é reconhecida a constitucionalização do direito privado e, por consequência, o dever de agir baseado em ponderação de direitos fundamentais, tanto pela teoria da eficácia direta quanto pela da eficácia indireta. Com isso, é possível argumentar a favor da aplicação deste Direito constitucionalizado quando o Estado for chamado a decidir conflitos no ciberespaço, o que tornaria semelhantes os padrões de referência das regras de justa conduta da ordem social autônoma com os das diretrizes da ordem organizada.

Pela teoria da eficácia indireta a produção de efeitos entre particulares das normas de direitos fundamentais não pode se fundar exclusivamente na Constituição, precisando ser modulada pelas normas e parâmetros do direito privado, sendo assim a atividade do legislador de direito privado é necessária e, no máximo, cabe ao juiz efetuar interpretação conforme os direitos fundamentais das normas de direito privado (STEINMETZ, 2007, p. 19-20). O importante é que desde esta teoria, os direitos fundamentais nas relações privadas não são mais direitos subjetivos constitucionais, e sim normas objetivas de princípio (STEINMETZ, 2007, p. 20).

Por outro lado, a teoria da eficácia direta ou imediata⁷³, segundo Steinmetz (2007, p. 22), preconiza que

[...] as normas de direitos fundamentais são imediata ou diretamente aplicáveis às relações jurídicas entre particulares. O conteúdo, a forma e o alcance da eficácia jurídica dessas normas não dependem, *necessariamente*, da vigência de regulações legislativas concretizadoras específicas, nem de interpretação e de aplicações judiciais de textos de normas interpretativas de direito privado, de modo especial, de textos portadores de cláusulas gerais.

Pensando nos conflitos que surgem no contexto da autodisciplina na *Internet* que não possam ser solucionados no meio e exijam intervenção estatal, se existir norma específica na legislação infraconstitucional que seja compatível com a Constituição fala-se em eficácia indireta, mas no caso de uma lacuna legislativa específica é trazida à tona a eficácia direta.

Neste sentido, resume Silva (2008, p. 58):

[...] o modelo direto sustenta uma aplicabilidade das normas de direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares, enquanto que o modelo indireto preconiza apenas uma influência das normas de direitos fundamentais na interpretação das normas de direito infraconstitucional. Tais modelos costumam ser chamados pela doutrina de teoria da eficácia direta e teoria da eficácia indireta.

⁷³ A teoria da eficácia horizontal ou direta dos direitos fundamentais tem origem na Alemanha, por volta de 1950 (STEINMETZ, 2007, p. 16).

Defende Silva (2008, p. 78-79) que é principalmente pelas cláusulas gerais, que ligam o sistema de valores de direitos fundamentais ao direito privado por requererem um preenchimento valorativo, mas não só por elas, que os direitos fundamentais produzem efeitos no direito privado. Este modelo indireto é aceito de forma praticamente unânime, contudo não é pleno nem livre de falhas, pois por vezes não existirá mediação legislativa e a produção de efeitos dos direitos fundamentais será necessária (SILVA, 2008, p. 85). Ainda assim, aduz Silva (2008, p. 94), a teoria da eficácia direta é minoritária.

O núcleo da controvérsia está entre a aplicação de uma ou outra teoria, ante à necessidade de preservação da autonomia privada (STEINMETZ, 2007, p. 23-24). Sobre a questão da ingerência na autonomia privada pelos direitos fundamentais, entende Silva (2008, p. 75):

o ponto de partida do modelo de efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, consagrado pela grande maioria das constituições das democracias ocidentais. É esse direito que impede que os direitos fundamentais tenham um efeito absoluto nas relações privadas, o que significaria um total domínio do direito constitucional sobre o direito privado.

Assim, o direito geral de liberdade impede que a produção de efeitos dos direitos fundamentais para os particulares seja plena, o que não significa que necessariamente deva ser indireta. No entanto, pela explicação do autor se compreende o receio quanto à teoria da eficácia imediata, posto que ela permitiria uma redução do espaço de autonomia e liberdade se utilizada além dos seus limites. Neste trabalho, adota-se o posicionamento de que a teoria da eficácia direta não prejudicará a liberdade no ciberespaço se na atividade de interpretação a liberdade for tomada como direito preponderante que somente será limitado caso a ofensa a outro direito da mesma natureza for direta - aceitando-se inclusive uma releitura dos conceitos tradicionais que cercam os demais direitos colidentes (por exemplo, o direito à privacidade não parece mais ser o direito de ser deixado só, mas o direito de controlar as informações pessoais; o direito patrimonial de propriedade intelectual antes absoluto quando todo conteúdo era físico perde espaço num contexto em que todos são potenciais copiadores).

Explica Steinmetz (2007, p. 25) que são fundamentos da eficácia direta o princípio da supremacia da Constituição, a posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional e o princípio da dignidade da pessoa humana; assim, somente se afastaria a eficácia imediata quando houvessem regulamentações legislativas que concretizassem direitos fundamentais que fossem constitucionalmente possíveis ou conformes aos direitos fundamentais. Isto é, em determinados casos a legislação infraconstitucional pode oferecer

uma resposta suficiente aos conflitos entre particulares no ciberespaço, propriamente se for plenamente compatível com as limitações constitucionais e seus pressupostos éticos.

Aliás, Steinmetz (2007, p. 14) explica a compatibilidade no tratamento conferido ao Estado e aos demais entes sociais sob o aspecto da ponderação de direitos fundamentais:

ora, à constatação de restrições de direitos fundamentais nas relações jurídicas interprivadas - sejam contratuais, sejam extracontratuais - segue-se, entre outras, a questão sobre se essas restrições também estão sujeitas aos mesmos limites e controles aos quais estão sujeitos os atos estatais restritivos de direitos fundamentais, a saber: a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais e o controle (exame) de proporcionalidade. (STEINMETZ, 2007, p. 14).

Como se sabe, "[...] no Direito brasileiro, a autonomia privada é um bem constitucionalmente protegido" (STEINMETZ, 2007, p. 29), de modo que a ponderação de direitos fundamentais quanto aos particulares se sujeitará a limites diversos daqueles aos quais o Estado é submetido. Destaca-se que "[...] a expressa nomeação dos poderes estatais como os únicos destinatários das normas de direitos fundamentais não se repete na Constituição brasileira" (SILVA, 2008, p. 140), motivo pelo qual não pode ser excluída de plano a possibilidade de eficácia direta destas nas relações entre particulares, embora a questão da autonomia privada possa implicar numa leitura variada das limitações conferidas.

A questão é que os direitos fundamentais podem ser restringidos, posto que o exercício irrestrito de um deles implicaria na violação de direitos de outrem - de início, viu-se que mesmo sob o aspecto ético da conduta cada atitude encontra uma ação esperada correspondente que também seria moral.

Direitos fundamentais não são absolutos ou ilimitados. Se fossem, não seria possível harmonizá-los na vida social prática, alcanças a denominada 'concordância prática' entre eles. O exercício ilimitado de um direito fundamental por um titular qualquer implicaria a impossibilidade de exercício de outro(s) direito(s) fundamental(is) por outro(s) particular(es). Por isso, a possibilidade de restrição a direitos fundamentais é condição para a própria efetividade e concordância prática desses direitos (só aparentemente isso é um paradoxo). Daí por que direitos fundamentais são restringíveis. (STEINMETZ, 2007, p. 30).

Se direitos fundamentais não fossem passíveis de restrição, estariam corretos aqueles que defendem que a *Internet* deve ser um espaço para exercício sem limites da liberdade e, como se viu, a adoção deste ideário implica na violação de bens jurídicos relevantes. Em termos éticos, todas as condutas devem ser pautadas pelo respeito ao próximo e pelo controle dos impulsos mundanos, de forma que o que eu faça para o outro seja o mesmo que eu gostaria que todas as pessoas no mundo fizessem (inclusive para mim).

Além disso, como defende Silva (2008, p. 28), não é incompatível a adoção de um modelo que mescle eficácia direta e indireta:

para regular a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas é necessário um modelo mais flexível que os modelos propostos normalmente pela doutrina e pela jurisprudência alemãs. Esse modelo [...] pressupõe que, sempre que possível, os efeitos dos direitos fundamentais se farão sentir nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado [...]. Isso significa conferir uma primazia à mediação que o legislador ordinário faz entre a ordem constitucional e a ordem privada. Mas essa primazia nem sempre é possível. Em alguns casos, seja por omissão, seja por insuficiência legislativa, os efeitos dos direitos fundamentais somente podem ser diretos, havendo necessidade, portanto, de uma aplicação direta dos direitos fundamentais no nível interprivados.

Um modelo misto parece ser conveniente para permitir a coexistência entre a ordem social autônoma do ciberespaço e a ordem jurídica organizada: quando o legislador estabelecer uma regulamentação infraconstitucional compatível com o dinamismo da ordem autodisciplinar da *Internet* ou quando esta já for existente e bastar um simples raciocínio de adequação interpretativa no contexto tecnológico, tem-se a eficácia indireta, diante do necessário respeito às normas constitucionais por este conjunto de regras a elas submissos; quando determinada característica da rede rejeitar uma atividade normativa rigorosa, tanto que seria prejudicial forçar uma situação jurídica a respeito sob pena de ineficácia, deve predominar a eficácia direta quando o Estado for chamado para solucionar o conflito. Logo, todos os entes sociais se sujeitariam de uma forma ou outra às limitações impostas pela Constituição Federal, que guardam compatibilidade suficiente com os preceitos éticos gerais que também são considerados no estabelecimento de regras de justa conduta no contexto de autorregulamentação da *Internet*.

4.1.1 Do dever dos internautas

No capítulo anterior, mais precisamente no tópico 3.6, foi abordado o cumprimento total ou parcial do conteúdo autodisciplinar, isto é, das diretrizes de ações éticas esperadas dos que convivem no ambiente do ciberespaço. Como visto, existem determinadas regras de justa conduta que se delineiam no ciberespaço, mas que são violadas por alguns internautas - até porque um pleno cumprimento de forma que nenhuma intervenção estatal seja necessária é ilusório, já que a realidade mesmo na ordem social organizada pelo Direito não é esta.

A partir do momento em que o homem começou a viver em grupos que mantinham contato um com o outro, ou seja, em sociedade, foi natural o surgimento de conflitos de interesses. Na *Internet*, onde prevalece a autodisciplina, também surgem conflitos entre os

usuários porque nem todos estarão dispostos a respeitar os ditames éticos inerentes a este autorregramento e optarão por violá-los para obter uma vantagem indevida.

A julgar pelos macacos antropóides, e pelas comunidades mais primitivas que sobreviveram até os tempos modernos, o homem primitivo viveu em pequenos grupos não muito maiores que famílias - grupos de, em um palpite, digamos, entre cinquenta e cem indivíduos. [...] Enquanto o homem permaneceu raro, o contato com outros grupos poderia ser ocasional, e, na maioria das vezes, não muito importante. Cada grupo tinha seu próprio território, e conflitos apenas ocorreriam nas fronteiras. (tradução nossa)⁷⁴ (RUSSEL, 2005, p. 13).

Então, quando os contatos entre os grupos se intensificam, os conflitos também adquirem novas perspectivas. O ciberespaço proporciona uma interligação entre pessoas e grupos nunca antes vista, a ponto de fazer surgir uma cultura global própria. Ainda que com o passar do tempo possam ser percebidas tendências éticas na rede mundial de computadores jamais será possível fazer com que todos usuários as cumpram, assim como na vida em sociedade no plano físico o Direito e as regras de conduta em geral nunca serão plenamente respeitados. De fato, um ou outro indivíduo podem destoar da maioria do grupo e cometer violações, mas isto não retira a capacidade humana de compreender a existência de regras inerentes à sua existência e ao bom convívio com o próximo, as quais se manifestam muitas vezes de maneira aparentemente instintiva.

O poder das ideias abstratas repousa largamente sobre o fato de que elas não são conscientemente mantidas como teorias, mas são tratadas pela maioria das pessoas como verdades autoevidentes que funcionam como pressupostos tácitos. Que esse poder dominante de ideias é tão raramente admitido é em grande parte devido à forma simplista em que é muitas vezes afirmado, sugerindo que alguma grande mente tenha o poder de impressionar em sucessivas gerações suas concepções particulares. (tradução nossa)⁷⁵ (HAYEK, 1998, p. 70).

Assim, não é um ou outro indivíduo que tem uma capacidade superior de estabelecer diretrizes éticas de ação - pressuposto que reforçou o mito da representação democrática - mas todos aqueles que vivem no grupo social e impulsionam sua evolução, muitas vezes de forma inconsciente. A conferência de autonomia ao indivíduo, aliás, é essencial para que a sociedade

⁷⁴ No original: "Judging by the anthropoid apes, and by the most primitive communities that have survived into modern times, early Man must have lived in small groups not very much larger than families - groups which, at a guess, we may put at, say, between fifty and a hundred individuals. [...] So long as Man remained rare, contact with other groups could be occasional, and, at most times, not very important. Each group had its own territory, and conflicts would only occur at the frontiers".

⁷⁵ No original: "The power of abstract ideas rests largely on the very fact that they are not consciously held as theories but are treated by most people as self-evident truths which act as tacit presuppositions. That this dominant power of ideas is so rarely admitted is largely due to the oversimplified manner in which it is often asserted, suggesting that some great mind had the power of impressing on succeeding generations their particular conceptions".

evolua cada vez mais, pois somente por meio dela os impulsos criativos são despertados e as novas invenções ganham espaço. Logo, corretamente afirma Russel (2005, p. 74) que "o senso de aventura ousada, e da capacidade de trazer resultados que sejam sentidos por serem importantes, só podem ser restaurados se o poder puder ser delegado a grupos pequenos em que o indivíduo não seja oprimido por meros números" (tradução nossa)⁷⁶.

Nas ordens sociais autônomas, a exemplo do ciberespaço, são estabelecidas pelo corpo social determinadas regras de conduta com base em concepções comuns de justiça. No entanto, mesmo nestas - ao menos naquelas onde certo equilíbrio deva ser preservado - é criada alguma organização para aplicação delas. Explica Hayek (1998, p. 95-96):

o caráter crescente da lei mais se destaca se nós olharmos para a condição entre os grupos de homens que possuem concepções comuns de justiça, mas nenhum governo comum. Grupos que se mantêm juntos por regras comuns, mas sem uma organização criada deliberadamente para a aplicação dessas regras, certamente muitas vezes existiram. Tal estado de coisas pode nunca ter prevalecido nos quais nós reconheceríamos como estados territoriais, mas sem dúvida muitas vezes existiu entre grupos como comerciantes ou pessoas ligadas pelas regras de cavalaria ou de hospitalidade.

Se devemos chamar de "lei" o tipo de regras que nesses grupos podem ser efetivamente aplicadas pela opinião e pela exclusão do grupo daqueles que as quebrassem, é uma questão de conveniência e, portanto, de terminologia. Para os nossos objetivos atuais estamos interessados em quaisquer regras que são honradas em ação e não apenas nas regras impostas por uma organização criada para este propósito (tradução nossa)⁷⁷.

Assim, nas ordens sociais autônomas dotadas de estabilidade percebe-se uma nota de organização para a aplicação de sanções, ainda que o conteúdo das regras passe por um processo de constante transformação guardadas certas bases comuns. Em outras palavras, a compreensão das regras destes grupos passa mais pelo conhecimento inconsciente do que pelo estabelecimento taxativo, o que não impede que as situações passíveis de sanção sejam reconhecidas e devidamente punidas. "Enquanto os indivíduos ajam de acordo com as regras não é necessário que eles estejam conscientemente a parte destas regras. É suficiente que eles

⁷⁶ No original: "The sense of bold adventure, and of capacity to bring about results that are felt to be important, can only be restored if power can be delegated to small groups in which the individual is not overwhelmed by mere numbers".

⁷⁷ No original: "The character of grown law stands out most clearly if we look at the condition among groups of men possessing common conceptions of justice but no common government. Groups held together by common rules, but without a deliberately created organization for the enforcement of these rules, have certainly often existed. Such a state of affairs may never have prevailed in what we would recognize as a territorial state, but it undoubtedly often existed among such groups as merchants or persons connected by the rules of chivalry or hospitality.

Whether we ought to call 'law' the kind of rules that in these groups may be effectively enforced by opinion and by the exclusion from the group of those who break them, is a matter of terminology and therefore of convenience. For our present purposes we are interested in any rules which are honoured in action and not only in rules enforced by an organization created for that purpose".

saibam como agir de acordo com as regras sem saber que as regras são articuladas em tal e tal termos"⁷⁸ (tradução nossa) (HAYEK, 1998, p. 99).

A razão pela qual tais regras tendem a se desenvolver é que os grupos que aconteceram de ter adotado regras úteis para uma ordem mais efetiva de ações tenderá a prevalecer sobre outros grupos com uma ordem menos efetiva. As regras que irão se espalhar serão aquelas governantes das práticas ou costumes existentes em diferentes grupos que tornaram alguns grupos mais fortes que outros. (tradução nossa)⁷⁹ (HAYEK, 1998, p. 99).

Na *Internet*, a possibilidade de aplicar sanção pela violação das regras do grupo é transferida aos próprios internautas, notadamente nos mecanismos de denúncia. Tal questão se insere num dever de participação do usuário da rede pela manutenção de uma organização salutar e pró-ativa no ambiente virtual. Neste sentido, consolidando as tendências de todos os *sites* de relacionamentos, extrai-se do *Facebook* (2012f):

Denuncie conteúdo abusivo ou ofensivo

Informe-nos a respeito de conteúdos que violem os Termos do *Facebook*. A forma mais eficiente de denunciar abuso é fazendo a denúncia quando o abuso estiver ocorrendo no *Facebook*, usando o *link* Denunciar próximo à publicação, linha do tempo ou Página.

Se você receber uma mensagem de assédio de um dos seus amigos do *Facebook*, clique no *link* Denunciar ao lado do nome do remetente na mensagem e remova essa pessoa da sua lista de amigos. A denúncia dessa mensagem como assédio adicionará automaticamente essa pessoa à sua lista de bloqueios. Você pode usar também a opção Denunciar/Bloquear exibida sob o ícone de engrenagem à direita da linha do tempo de qualquer pessoa.

As denúncias são confidenciais. As pessoas que você denunciar não saberão que foram denunciadas. Após o envio de um relatório, investigaremos o problema e determinaremos se o conteúdo deve ou não ser removido com base nos Termos do *Facebook*. Examinamos cada denúncia para decidir as ações apropriadas.

Em que pese o dever de participação deste internauta, que também é jurídico se tomados os desdobramentos do artigo 14 da Constituição Federal (BRASIL, 2012a) sob o viés dos deveres reflexos na consolidação da ordem democrática, não é dever dele atuar como o policiamento da rede nos mesmos moldes que o Estado deve vigiar a conduta dos cidadãos (dentro dos limites dos direitos que estes possuam). Neste ponto, então, a leitura do sopesamento de direitos fundamentais sofre uma adaptação porque ao internauta não podem ser atribuídos os mesmos deveres do poder de polícia do Estado. Por outro lado, o exercício

⁷⁸ No original: "So long as the individuals act in accordance with the rules it is not necessary that they be consciously aware of the rules. It is enough that they *know how* to act in accordance with the rules without *knowing that* the rules are such and such in articulated terms".

⁷⁹ No original: "The reason why such rules will tend to develop is that the groups which happen to have adopted rules conducive to a more effective order of actions will tend to prevail over other groups with a less effective order. The rules that will spread will be those governing the practice or customs existing in different groups which make some groups stronger than others".

desta possibilidade de aplicar sanções não organizadas pelo Direito é mais intenso do que no plano físico, diante da vasta gama de mecanismos efetivos, como a exclusão definitiva de um grupo de discussão que pode se estender aos demais grupos de mesma natureza e a rejeição pelo conjunto de internautas aos quais a informação sobre o comportamento inadequado chegou (que tanto se intensifica devido ao fluxo de informações).

Logo, a autonomia individual é valorizada quando se transfere ao internauta instrumentos para que ele estabeleça as regras e controle o cumprimento delas dentro da ordem do ciberespaço. Tal valorização é dificilmente percebida no plano físico, em que predomina a democracia representativa, na qual a participação do cidadão é pequena.

Enquanto o controle democrático é remoto e raro, enquanto a administração pública é centralizada e a autoridade é delegada do centro para a circunferência, este sendo de impotência individual diante dos poderes é difícil de ser evitado. E, no entanto, deve ser evitado se democracia for para ser uma realidade no sentimento e não meramente na maquinaria governamental. (tradução nossa)⁸⁰ (RUSSEL, 2005, p. 58).

Nada disso significa, como se pretendeu frisar desde o início, que a violação dos direitos de entes sociais diversos, inclusive do outro indivíduo, seja aceita, em especial quando se fala numa compatibilidade constitucional, com limites mais ou menos delineados. Trata-se de um equilíbrio entre a ordem social autônoma, na qual todos os indivíduos participantes atuam diretamente em sua construção, e a ordem organizada que é administrada pelo Estado fundada no Direito. Expõe Russel (2005, p. 75):

as relações de um corpo para com seus próprios membros devem, em regra, ser deixadas à livre decisão dos membros, desde que não haja violação do Direito. Embora as relações de um corpo para com seus membros deva ser decidida pelos membros, existem alguns princípios pelos quais, se a democracia é para ter qualquer realidade, é de se esperar o que os membros terão em mente (tradução nossa)⁸¹.

Há o argumento de haver uma impossibilidade de restringir direitos fundamentais dos particulares entre eles, o que implicaria na não aceitação da teoria da eficácia direta de direitos fundamentais. Este facilmente se quebra se pensado que todo direito tem um outro lado, ao qual corresponde um dever. Por exemplo, se o internauta tem o direito de manifestar

⁸⁰ No original: "So long as democratic control is remote and rare, while public administration is centralised and authority is delegated from the centre to the circumference, this sense of individual impotence before the powers that be is difficult to avoid. And yet it must be avoided if democracy is to be a reality in feeling and not merely in governmental machinery".

⁸¹ No original: "The relations of a body to its own members should, as a rule, be left to the free decision of the members, so long as there is no infringement of the law. Although the relations of a body to its members should be decided by the members, there are some principles which, if democracy is to have any reality, it is to be hoped that the members will bear in mind".

seu pensamento também tem o dever de que tal manifestação não atinja direitos de outrem, como honra ou imagem - se não houvesse legislação infraconstitucional específica a respeito haveria que se falar na eficácia direta, como há tem-se apenas uma eficácia indireta face à compatibilidade desta para com o texto da Constituição. Explica Canotilho (1998, p. 479):

a ideia de deveres fundamentais é susceptível [sic] de ser entendida como o "outro lado" dos direitos fundamentais. Como ao titular de um direito fundamental corresponde um dever por parte de um outro titular, poder-se-ia dizer que o particular está vinculado aos direitos fundamentais como destinatário de um dever fundamental. Neste sentido, um direito fundamental, enquanto protegido, pressuporia um dever correspondente.

Não obstante, "[...] ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si" (SILVA, 2008, p. 52). Por isso, caso um cidadão viole direito fundamental do outro, inclusive no ambiente virtual, não poderá ficar impune no campo do Direito, mesmo que falte legislação específica a respeito. De fato, a leitura deste sopesamento de direitos fundamentais funcionará de maneira diversa entre indivíduos do que num conflito entre indivíduo e Estado, posto que a autonomia privada garantida aos indivíduos não é um direito estatal. Delimita Silva (2008, p. 158):

[...] o fator decisivo para se saber se restrições a direitos fundamentais no seio de uma relação entre particulares devem ser aceitas por respeito à autonomia privada é o grau real de autonomia que se verifica em cada caso. [...] Assim, se a autonomia privada é um princípio formal, que sustentará competências para decidir livremente os termos de uma relação entre particulares, esse princípio formal será tão mais sólido quanto mais real for a autonomia privada.

Logo, se existem parâmetros para a compreensão diferenciada da aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares e destes para com o Estado, não há impedimento para que vigore uma teoria da eficácia direta. Esta, por sua vez, será equilibrada com a da eficácia indireta quando existirem normas infraconstitucionais que especifiquem tais limites dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduos, notadamente por cláusulas gerais, como a da boa-fé, da função social do contrato, do dever de respeito à honra, entre outras.

Da verificação do cumprimento do conteúdo autodisciplinar muitas são as diretivas que não tem sido cumpridas, acarretando dentro deste grupo social autônomo uma sanção; mas determinadas violações são também jurídicas, cabendo questionar quando isto ocorre, seja pela existência de lei específica (eficácia indireta), seja pela ponderação de direitos fundamentais (eficácia direta), e se tem havido uma punição dos internautas neste sentido (assunto postergado ao tópico 4.2.3 a respeito da atuação do Judiciário). Assim, toma-se o

conteúdo da autodisciplina sob o aspecto da ação dos internautas para verificar a existência de compatibilidade jurídica direta ou indireta com a Constituição:

a) *Manifestação de pensamento em respeito às leis éticas*: em termos constitucionais, o inciso IX do artigo 5º prevê que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (BRASIL, 2012a). Nos demais incisos e na legislação infraconstitucional são delineados alguns limites para o exercício deste direito, que são notadamente os direitos de terceiros, mas em caso de omissão cabe a ponderação constitucional.

b) *Não utilização do anonimato impossibilitando a identificação e em desrespeito à boa-fé de terceiros; não apropriação de identidade alheia, para praticar ou não ofensa à honra*: pelo inciso IV da Constituição Federal "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (BRASIL, 2012a). Logo, se um internauta utilizar o anonimato para prejudicar outro, o fará de forma indevida, restando ainda caracterizada alguma conduta prevista na legislação infraconstitucional: na esfera penal, ofensa à honra - artigos 138 e seguintes do Código Penal - e/ou falsa identidade - conforme artigo 307 do Código Penal, é crime "atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem" (BRASIL, 2012d); na esfera civil, ato ilícito - artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

c) *Não produção de flaming sem ofensa específica a um indivíduo ou segmento*: quando o conteúdo pouco produtivo é postado na rede mas não ofende nenhum indivíduo ou segmento social parece ser indevida a ingerência do Direito, aproximando-se esta conduta mais de uma regra costumeira do que moral.

d) *Não envio de códigos maliciosos, em especial se visado fim ilícito*: geralmente, o fim indevido visado é o de apropriar-se de valores ou informações que permitam conseguir algum bem ou valor posteriormente. Neste caso, a liberdade de expressão esbarra na garantia ao direito de propriedade pelo artigo 5º, XXII da Constituição Federal (BRASIL, 2012a). Não obstante, pode ficar caracterizado na esfera penal os crimes de furto - artigo 155 - ou estelionato - artigo 171 (BRASIL, 2012d); além do ato ilícito civil.

e) *Não criação de páginas ou postagens de comentários ofensivos à honra, cumulados ou não com ofensa à imagem*: em termos constitucionais, destacam-se os incisos V e X do artigo 5º:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] (BRASIL, 2012a).

Não obstante, o Código Penal considera crime as variadas ofensas à honra, seja por calúnia ao se imputar fato definido como crime (artigo 138), seja por difamação ao se imputar fato ofensivo à reputação (artigo 139), seja por ofensa genérica à dignidade ou decoro (artigo 140), cabendo a causa de aumento de pena prevista no artigo 141, III diante do uso de "meio que facilite a divulgação da calúnia, difamação ou injúria" (BRASIL, 2012d). Também neste caso há ato ilícito, pelo instituto da responsabilidade civil do Código Civil.

f) *Não postagem de conteúdos ofensivos a qualquer minoria étnica, racial, sexual ou cultural*: estabelece a Constituição Federal, primeiro numa fórmula genérica, depois numa específica que "XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (BRASIL, 2012a). Neste sentido, a Lei n. 7.716/89 define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor (BRASIL, 2012k). Não obstante, a tendência é que a homofobia, por si só, também seja criminalizada. Ainda, há possibilidade de reparação civil do dano.

g) *Não alterar ou omitir autoria de uma obra sobre a qual vigore direito moral do autor; não efetuar download ilegal se na Internet houver disponibilidade de um vasto conteúdo de informações da mesma natureza ainda que não possam ser baixadas*: a Constituição Federal, no artigo 5º, assegura as duas faces da moeda ao garantir a liberdade de informação e também os direitos de propriedade intelectual, razão pela qual uma ponderação se mostra necessária visando o equilíbrio de interesses:

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; [...] (BRASIL, 2012a).

Por sua vez, a liberdade de informação não encontra tanta proteção na legislação específica quando os direitos de propriedade intelectual: a exemplo, tem-se a Lei n. 9.610/98 para a esfera cível (BRASIL, 2012e) e os artigos 184 e seguintes para o aspecto criminal (BRASIL, 2012d). Deste modo, uma leitura deste conflito tão usual deve se fazer conforme a

Constituição Federal, se preciso relativizando certos aspectos das legislações infraconstitucionais incompatíveis com os anseios da sociedade da informação.

Com efeito, nota-se uma compatibilidade direta ou indireta do conteúdo autodisciplinar da *Internet* no que tange à conduta dos internautas em relação à Constituição Federal, no que pode se fundamentar um dever jurídico dos internautas como reflexo do autorregramento da rede.

4.1.2 Do dever das pessoas jurídicas mantenedoras da rede

Como visto até o momento, todos os entes sociais são responsáveis, de algum modo, pelo cumprimento dos preceitos constitucionais, o que implica numa relação intrínseca entre Moral e Direito. No mundo globalizado e capitalista, cada vez mais, as corporações assumem papel de relevância e adquirem o poder de influenciar diretamente na vida do cidadão. Na sociedade informatizada este contexto fica bem claro face às grandes corporações atuantes na rede mundial de computadores, com patrimônios bilionários.

Por isso, Silva (2008, p. 52-53) enfatiza o dever jurídico de respeito aos direitos fundamentais numa eficácia irradiante por parte destas empresas com tamanha magnitude:

da mesma forma que essas forças sociais podem prejudicar o sistema político, em razão de sua alta concentração de poder, o mesmo ocorre no âmbito jurídico. Essas corporações, ainda que privadas, alcançam uma posição de dominação, sobretudo por meio de concentração financeira, que lhes confere um tal poder de decisão nas suas relações com os indivíduos que qualquer relação jurídica entre ambos, a despeito de se fundar aparentemente na autonomia da vontade, é, na verdade, uma relação de dominação, que ameaça, tanto quanto a atividade estatal, os direitos fundamentais dos particulares. (SILVA, 2008, p. 52-53).

Como visto no capítulo anterior, caberia a estas mantenedoras atuantes na *Internet* impulsionar e incentivar a consolidação da autodisciplina, de forma que cada vez mais as regras de conduta estabelecidas e praticadas na rede sejam compatíveis com os preceitos éticos consagrados em sociedade, os quais guardam compatibilidade constitucional.

Nessa linha, o estabelecimento de normas no formato *disclaimers*, que consiste na publicação nas páginas iniciais dos *sites* de normas às quais o usuário que o acessa está submetido, é uma forma de divulgação de leis regulamentadoras pelos próprios usuários (PECK, 2002, p. 27). Tal divulgação funciona como um incentivo ao cumprimento, tendo em vista a possibilidade de que a mantenedora aplique uma sanção ao internauta que viole as regras de conduta esperadas no uso daquela aplicação.

Por exemplo, a UOL possui uma página própria com normas de segurança e privacidade, estabelecendo garantias ao consumidor, mas ressaltando que aquele que violar normas (por exemplo, enviando vírus, forjando endereços, destruindo dados, violando a privacidade alheia e utilizando o site com qualquer propósito ilegal) poderá receber advertências e até mesmo ter o contrato de assinatura cancelado (UOL, 2012). Além disso, foram mencionados no decorrer do trabalho diversas regras para utilização das redes sociais.

Tal postura de divulgação de conteúdos a respeito da autodisciplina na rede mundial de computadores, que encontra embasamento moral sob o aspecto da contribuição para a construção de uma sociedade mais justa, também repousa no fundamento jurídico da eficácia direta e indireta de direitos fundamentais. Os argumentos que permitem este enquadramento são, sob o aspecto indireto, o dever de informação inerente às relações de consumo, e sob o aspecto direto, o dever educacional visto não somente como do Estado e da família.

a) *Dever de informação*: no âmbito do direito do consumidor tem-se o dever de informação, o qual consiste em explicar para o consumidor tudo o que for possível a respeito da relação de consumo que se estabelece. Delineia Soares (2011):

o dever de informar apóia-se no reconhecimento de um déficit informacional do consumidor perante o fornecedor. É que este detém conhecimento especializado acerca de dados do processo de produção e fornecimento dos produtos e serviços no mercado de consumo. [...]

É este princípio de transparência que se constitui em fonte do dever de informar instituído pelo CDC. Assim, este dever se refere às características do produto e serviço, mas também ao conteúdo do contrato. [...]

A profundidade da importância do princípio de transparência adentra aquilo que se denomina *inversão de papéis*: o consumidor que se encontrava numa posição que o compelia à atividade (ativa), no sentido de ter de buscar a informação, de instrumentalizar-se de conhecimentos técnicos, e o fornecedor, que estava na posição passiva, de quem já possuía as informações.

Como reflexos do princípio da transparência, temos o dever de informar o consumidor, seja: 1º através da oferta, clara e correta (publicidade ou qualquer outra informação suficiente – art. 30), sobre as qualidades do produto ou serviço e as condições do contrato, sob pena de o fornecedor responder por falha da informação (art. 20) ou ser forçado a cumprir a oferta nos termos em que foi feita (art. 35); seja: 2º através do próprio texto do contrato (vide art. 46 e 54, § 3º do CDC).

Destaca-se que toda a proteção consumerista tem fundo constitucional, já que o artigo 5º da Constituição Federal estabelece no inciso XXXII que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" (BRASIL, 2012a). Daí a compatibilidade constitucional entre o Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal, de forma que se concretiza a eficácia indireta dos direitos fundamentais para todos aqueles que se sujeitam ao dever informacional em questão.

Percebido o caráter indireto do fundamento em estudo, questiona-se se sobre as relações entre o internauta e as mantenedoras da rede mundial de computadores incide o direito do consumidor, o que implica numa possibilidade de estender a estas pessoas jurídicas o dever de informação, que incluiria dados sobre as regras de autodisciplina.

Consumidor é aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço, enquanto destinatário final (MAZZILLI, 2011, p. 166). Assim define, aliás, o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor: "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" (BRASIL, 2012l). Segundo Mazzilli (2011, p. 169), o conceito do artigo 2º se estende nos artigos 17 e 29. Dispõe o artigo 17 que "[...] equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento"; e o artigo 29 que "para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas", quais sejam as práticas comerciais (BRASIL, 2012m). Assim, "a mera propaganda já cria deveres e direitos numa provável relação de consumo, seja quando tenha caráter enganoso ou abusivo, seja quando prometa condições que vinculam o proponente" (MAZZILLI, 2011, p. 169). Como nota-se pelo que foi exposto, não é intrínseco do conceito de consumidor que o produto ou serviço prestado pelo fornecedor seja remunerado, de modo que mesmo a oferta gratuita já caracteriza a relação de consumo.

No caso dos *sites* em geral que sejam mantidos pelas pessoas jurídicas atuantes na rede, tem-se a prestação de um serviço de consumo porque o internauta que o acessa busca um determinado serviço, como se informar ou divulgar seu pensamento, além do que a remuneração é feita de forma indireta, notadamente por publicidade. Tal contexto fica ainda mais evidente nas redes sociais.

No caso fala-se em remuneração indireta, pois embora o registro e uso do ambiente virtual seja gratuito, nele encontram-se embutidos diversos elementos comerciais, tais como propagandas, fornecimentos de serviços, entre outros. Assim, os sites de relacionamento enxergam os usuários como verdadeiros consumidores, ainda que potenciais. As empresas que pagam para ter as suas marcas e nomes estampados no ambiente virtual dos sites de relacionamento esperam que essa forma de abordagem traga lucros por meio dos potenciais consumidores que têm, a todo momento, contato com a marca ou produto que está sendo anunciado. Desse modo, não se pode descartar que o usuário do serviço das redes sociais e sites de relacionamento é, ainda que de forma potencial, consumidor. A partir do momento que a empresa proprietária do site cobra de outras empresas para permitir que essas realizem propagandas em seu ambiente virtual, assume também perante o usuário responsabilidade por aquela propaganda, de modo que não se vincula apenas a empresa proprietária da marca ou produto, mas também a proprietária do site, que está tendo lucro com aquela relação. (GARCIA; SANTOS, 2012, p. 4485).

A incidência do Código de Defesa do Consumidor para as pessoas jurídicas atuantes na rede mundial de computadores demonstra que elas não possuem tanta liberdade quanto imaginavam e devem arcar com as consequências das atividades por ela praticadas. Se o dever de informar as regras de conduta esperadas na relação estabelecida com o internauta existe, natural que a mantenedora seja responsabilizada em caso de violação.

b) *Dever de educação*: embora a previsão do direito à educação conste de início no artigo 6º, *caput* da Constituição Federal (BRASIL, 2012a), o qual por tratar dos direitos sociais remete principalmente à postura estatal no tratamento dos indivíduos por prestações positivas e aos deveres do empregador nos âmbitos público e privado, é possível extrair numa eficácia direta de direitos fundamentais certa extensão do dever à educação às pessoas jurídicas atuantes na rede na medida de suas possibilidades.

Conforme o artigo 205 da Constituição Federal, "a educação, direito de todos e *dever do Estado e da família*, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (grifo nosso) (BRASIL, 2012a). O artigo 205 refere-se a um dever do Estado e da família, o que poderia ser interpretado de forma restrita, mas se tomada a fundo a intenção do legislador percebe-se que ele pretendeu que o dever de educação fosse estendido a todos os entes com capacidade de influir no conhecimento da pessoa em desenvolvimento. Na época, não se poderia imaginar que uma relevante face da educação que se refere à utilização correta do ciberespaço surgiria, nem mesmo que mantenedores de páginas teriam capacidade de transmitir conhecimento aos que as acessam.

A *Internet* é o instrumento por excelência para a manifestação do pensamento, propiciando: a divulgação dos saberes, a conscientização política, a busca de informações. O ensino deve abranger a habilitação do educando para utilizá-la sem sofrer danos, tornando efetivo o direito de participar da sociedade, podendo também ser desempenhado pelas pessoas jurídicas atuantes na rede mundial de computadores.

Dentro das duas questões levantadas surge um delicado desdobramento que se refere à responsabilização das mantenedoras pelos atos ilícitos praticados na utilização de seus serviços, o reflexo jurídico indireto pela omissão nos deveres de divulgar e incentivar o conteúdo da autodisciplina na *Internet*:

no mundo físico, quando orador difama alguém, os intermediários entre o orador e o ouvinte às vezes compartilha responsabilidade com o primeiro - e às vezes não. Se nós difamamos alguém neste livro, nós podemos ser processados, mas também poderia o ser a editora do livro, que poderia ter sabido que o que estávamos escrevendo era falso. Por outro lado, o

caminhoneiro que transportou o livro para a livraria provavelmente não é responsável, ainda que também tenha ajudado a levar nossas palavras para os leitores. São os vários intermediários eletrônicos mais como editores, ou caminhoneiros? (tradução nossa)⁸² (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 234).

As decisões judiciais parecem encaminhar no sentido de estabelecer um modelo misto, no qual o *site* seja considerado um publicador, mas respeitando alguns limites devido à característica do intenso fluxo de informações. Voltando ao capítulo 3, algumas regras foram consideradas como necessárias na relação entre a mantenedora e o internauta:

a) *Censurar e excluir o mais rápido possível conteúdos ofensivos aos direitos de indivíduos ou grupos sociais, bem como apagar páginas com identidade falsa, informando ao lesado o responsável pela ofensa publicada/falsificação praticada*: constitucionalmente, pode-se falar num dever de garantir a liberdade de expressão sem que isso implique na violação de direitos de terceiros. No Código de Defesa do Consumidor, tem-se como direito básico do consumidor descrito no inciso VI do artigo 6º "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos" (BRASIL, 2012). A exclusão do conteúdo o mais rápido possível significa prevenir danos mais graves, enquanto que a informação sobre a autoria visa garantir a reparação do dano, sob pena da própria mantenedora responder por ele.

b) *Não enviar spam sem autorização do usuário*: trata-se de conduta comum por parte das mantenedoras de *sites* de comércio eletrônico, que evidencia violação aos direitos do consumidor que têm pressuposto constitucional. Pelo artigo 6º, tem-se como direito do consumidor no inciso IV "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços" (BRASIL, 2012). O *spam* não autorizado é um método comercial desleal e abusivo, ingerindo-se na privacidade do cidadão.

c) *Não alienar bancos de dados sem autorização dos terceiros detentores de direitos*: a questão da proteção jurídica das bases de dados não encontra disciplina infraconstitucional consistente. Uma das poucas menções se encontram no Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 43 e 44, sendo que o *caput* do primeiro prevê que "o consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e

⁸² No original: "In the physical world, when the speaker defames someone, the intermediaries between the speaker and the listener sometimes share responsibility with the speaker—and sometimes not. If we defame someone in this book, we may be sued, but so may the book's publisher, who might have known that what we were writing was false. On the other hand, the trucker who transported the book to the bookstore probably isn't liable, even though he too helped get our words from us to our readers. Are the various electronic intermediaries more like publishers, or truckers? Do the parents of Jane Doe have a case against MySpace?"

dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes" (BRASIL, 2012l). A regulamentação é insuficiente, notadamente sob o aspecto da venda de bancos de dados pessoais, num comércio entre empresas. Por isso, a disciplina constitucional parece ser necessária, tomando-se o artigo 5º, XII da Constituição Federal como parâmetro de solução.

d) *Não impedir o funcionamento do site sem que os cookies estejam ativos*: como visto, os *cookies* podem ser benéficos para alguns internautas, havendo apenas o dever de informar sobre a existência do armazenamento e a opção de desativá-lo. Contudo, alguns *sites* de comércio eletrônico impedem o seu funcionamento sem os *cookies* ativados. Tal conduta viola a liberdade de escolha do internauta, posto que ele deva decidir o quanto de sua privacidade deseja ver preservada sem que seja possível ver um direito restringido por esta escolha (artigo 5º, X e XII) (BRASIL, 2012a). Em termos infraconstitucionais, não há disciplina a respeito, falando-se então numa eficácia constitucional direta.

e) *Atuação no comércio eletrônico com boa-fé e solicitude*: se o dever de garantir os direitos do consumidor decorre da Constituição Federal, tendo por abrangência lógica a prestação de um serviço ou o fornecimento de um produto com qualidade e presteza, o Código de Defesa do Consumidor prevê como direito do consumidor no artigo 6º:

- I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (BRASIL, 2012l).

Assim, indiretamente o dever de atuação com boa-fé e solicitude nas relações de consumo tem viés constitucional, encontrando especificação no Código de Defesa do Consumidor, que com suas cláusulas gerais consegue abranger mesmo os conflitos mais dinâmicos da era da informatização.

f) *Não armazenar conteúdo dos registros privados do internauta, como troca de mensagens em chats fechados ou por e-mail*: a questão da guarda de registros é muito delicada, pois o que existe em termos de regulamentação pelo Comitê Gestor da *Internet* e de decisões judiciais apontam para um dever ilimitado de guarda do conteúdo dos registros, não se pensando que certos tipos de registros podem ter um conteúdo privativo do usuário. Tais controvérsias, que forçam as mantenedoras da rede a desempenharem um exercício excessivo

da guarda de registros, se dão não só pela ausência de legislação específica, mas principalmente pelo desrespeito aos parâmetros do artigo 5º, notadamente o inciso 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" (BRASIL, 2012a). Para que as empresas possam respeitar esta diretiva do autorregramento compatível com os ditames constitucionais é preciso que o Estado reveja sua postura, sob pena delas sofrerem prejuízos.

Logo, vislumbra-se a possibilidade de obrigar as pessoas jurídicas atuantes na rede mundial de computadores a respeitar os direitos fundamentais dos internautas, seja pela eficácia indireta, seja pela eficácia direta, tanto divulgando conteúdos pertencentes à autodisciplina na rede quanto cumprindo outras obrigações.

4.1.3 Do dever da sociedade e das demais pessoas jurídicas

O dever da sociedade e das demais pessoas jurídicas na rede, como visto quando do tratamento do aspecto moral, se foca numa postura de abstenção (pelo menos) e de correta utilização dos recursos. Em outras palavras, aqueles que convivem em sociedade mas não interagem no ciberespaço devem respeitar os que o fazem, compreendendo que na era da informatização muitas perspectivas mudaram.

Quanto a estes indivíduos e pessoas jurídicas que não ingressaram no contexto informatizado surge um dever de não interferência e adequação que é também jurídico, sob o argumento de que não se pode obstar nada que o outro queira ou faça a não ser que um direito fundamental seu esteja sendo atingido diretamente. Por exemplo, um indivíduo não pode obstar que o tratamento de dados sofra uma modificação conforme as tecnologias avançam, mas caso algum dado pessoal dele seja indevidamente tratado poderá bloquear a ofensa e postular ressarcimento. Fato é que poucos são os indivíduos que ficam alheios ao contexto das redes de computadores, que a cada dia atingem um número maior de pessoas. Notadamente, quase todas pessoas jurídicas hoje em dia utilizam a *Internet* de maneira direta ou indireta - segundo dados já mencionados do Comitê Gestor da *Internet*, em 2011 cerca de 98% das empresas brasileiras possuíam acesso à rede (BRASIL, 2012b).

As pessoas jurídicas que não atuam diretamente na rede mundial de computadores mas a utilizam no cotidiano de suas atividades, seja na esfera da publicidade externa, seja na

da aparelhagem interna, também acabam envolvidas em conflitos no ciberespaço, os quais possuem cunho ético (moral e jurídico):

a) *Relação entre pessoa jurídica e consumidor*: muitas empresas que não colocam produtos e serviços a venda pela *Internet* acabam a utilizando como mecanismo para divulgação destes. Contudo, é possível que as informações então divulgadas não sejam verdadeiras, o que acarretará numa violação por parte da pessoa jurídica. Imagine o *site* de uma rede de hotéis que divulgue fotos de seus quartos, dos serviços prestados e da localização de um hotel, gerando interesse no consumidor que buscou um local para se hospedar na data em que visitaria a cidade, mas chegando ao local este descobre que as fotos eram falsas, que o hotel era mal localizado ou que alguma informação da página da rede era inverídica, restando frustrada sua expectativa. Para coibir práticas como esta que a Constituição Federal obrigou que fosse criado um sistema específico de proteção dos direitos do consumidor, o qual estabelece claramente que a falta de fidelidade nas informações prestadas ao consumidor a respeito do produto ou serviço contratado é ilegal:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; [...] (BRASIL, 2012l).

Da mesma forma, práticas como envio de *spam* sem prévia autorização e compra e venda de bancos de dados para atingir maior número de consumidores ou obter lucro se enquadram como indevidas formas de participação das pessoas jurídicas não atuantes na rede mundial de computadores, rejeitadas pela Moral e pelo Direito. Como há previsão nas cláusulas gerais do Código de Defesa do Consumidor, trata-se de hipótese de eficácia indireta dos direitos fundamentais.

b) *Relação entre a pessoa jurídica e seu empregado*: a utilização de tecnologias da informação no ambiente das empresas para a execução de atividades se tornou algo comum, fazendo surgir conflitos não imaginados quando da elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho. Entre os casos mais polêmicos se destacam o de vigilância de *e-mail* e de páginas acessadas pelo funcionário durante o serviço, inclusive podendo gerar demissão por justa causa diante de desídia profissional. Tais questões acabam sendo decididas pelo Poder Judiciário com base na Constituição Federal, ponderando os interesses envolvidos, cumulada com as cláusulas gerais da legislação infraconstitucional, diante da novidade a elas inerente.

Basicamente, perpassam pelo direito de privacidade do empregado, o qual perdeu espaço com as tecnologias que permitem ao empregador controlar de maneira rigorosa as atividades prestadas, por meio do monitoramento de acesso ou de câmeras de vigilância. A criação deste ambiente de vigilância gera um desconforto para o trabalhador, mas também não se pode comprometer o direito do empregador de utilizar tecnologia para controlar sua empresa e a efetividade dos seus funcionários.

Se, por um lado, "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (artigo 5º, X, CF); por outro lado, "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão" (artigo 5º, XIII, CF), "é garantido o direito de propriedade" (artigo 5º, XXII, CF) e é assegurada a livre iniciativa (artigo 170) (BRASIL, 2012a). O empregador pode ter ciência do que o empregado faz no horário de trabalho porque isso o atinge diretamente, além do que ele está pagando para que certo serviço seja prestado naquele período.

Por exemplo, se um empregado fica o dia inteiro utilizando as redes sociais que não para o desempenho de suas funções, comprometendo-as diretamente, age contra a lei, praticando ato de desídia que pode gerar demissão por justa causa (artigo 482, *e*, CLT) (BRASIL, 2012m). Ainda, no caso da utilização de *e-mail* corporativo para fins pessoais também se tem uma situação complicada em termos de comportamento adequado do trabalhador. Contudo, não se pode permitir que o empregador transforme a vida de seu funcionário num livro aberto durante toda a jornada de trabalho, vigiando até mesmo as atividades privadas durante o intervalo das jornadas. São questões delicadas que nem ao menos estão bem compreendidas no campo do Judiciário, motivo pelo qual merecem um estudo acurado, estabelecendo as corretas ponderações de princípios que melhor exteriorizem os ditames éticos inerentes à relação de trabalho.

Nota-se pelos exemplos citados de situações de conflito que é difícil definir um único modelo de aplicação dos direitos fundamentais aos particulares: em ambos prevalecia ou o modelo direto ou o indireto, mas sempre havia alguma mistura entre estes. Como afirma Silva (2008, p. 175), "necessário se faz o desenvolvimento de um modelo diferenciado que, a despeito da abstração inerente a qualquer modelo, seja apto a aceitar as diferenciações que a produção de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares exige".

Com efeito, o que se mostra mais relevante é compreender que os deveres dos entes sociais que não o Estado - os quais se intensificam num contexto de maior autonomia como o propiciado no ciberespaço - não são meramente morais e sim jurídicos, independente de legislação específica, fundamentando este pensamento no processo de normatização dos

princípios e, principalmente, de constitucionalização do direito privado. Compreendido isto, é possível avançar para um estudo do dever estatal perante a autodisciplina na rede.

4.2 Do dever do Estado

No que tange ao dever jurídico do Estado, é desnecessário utilizar a teoria da eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Afinal, não há controvérsias no sentido de que estes direitos foram criados para serem impostos ao Estado enquanto limitadores de sua atividade de controle. Como afirma Silva (2008, p. 70), "[...] os direitos fundamentais surgem, historicamente, nas declarações de direito, com uma função bem definida: proteger os indivíduos contra violações por parte do Estado. Essa é a sua função essencial, que muitos costumam chamar de clássica". Não significa, contudo, que a temática dos direitos desta natureza fique afastada a partir daqui, muito pelo contrário. Relembra-se o foco dado nos capítulos 1 e 2 no sentido de haver compatibilidade intensa entre Moral e Direito no tratamento jurídico dos direitos fundamentais do homem, de forma que uma criação e aplicação do Direito - ora funções estatais - que não visassem a mera regulamentação ou silogismo, mas tivessem por base a aplicação destes direitos de forma prioritária, permitiriam uma aproximação entre a ordem organizada do Direito e a ordem social autônoma do ciberespaço, na qual os limites éticos que se delineiam são predominantemente morais.

Neste sentido, o respeito à dignidade e à liberdade são direcionadores da atuação estatal, posto que a partir deles os demais direitos fundamentais devem ser lidos. "A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado da universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana" (BONAVIDES, 2011, p. 562). Na rede mundial de computadores não é diferente: qualquer direito que seja criado ou aplicado deve tomar por base a liberdade e a dignidade, de onde se extraem demais diretrizes.

Percebe-se que a segurança jurídica, ora fundamentadora da ingerência estatal e da constante vigilância dos cidadãos, surge nesta base valorativa enquanto direito reflexo, servindo apenas para manter ou a liberdade, ou a dignidade. Daí o dever de abstenção estatal, isto é, de menor ingerência possível no que tange à rede mundial de computadores, tanto regulamentando o mínimo possível quanto manifestando-se judicialmente apenas em sérios casos de ofensa a direitos fundamentais da pessoa humana.

Desde as origens das discussões neste tema, se sabia que a liberdade era um princípio supremo que não poderia ser sacrificado sob qualquer argumento.

A liberdade pode ser preservada apenas se é tratada como um princípio supremo que não deve ser sacrificado por vantagens particulares foi totalmente compreendida pelos principais pensadores liberais do século dezenove, um deles (Benjamin Constant) até descreveu o liberalismo como "o sistema dos princípios". (tradução e inserção nossas)⁸³ (HAYEK, 1998, p. 57).

Fato é que, de início, não se imaginou que a ingerência estatal se tornaria tamanha a ponto de prejudicar a liberdade individual. Quando Montesquieu e os elaboradores da Constituição Americana articularam a concepção de uma constituição limitada, traçaram os rumos do constitucionalismo liberal, o qual provê proteções institucionais para a liberdade individual. Contudo, os governos, em todas esferas, buscaram constantemente se ingerir nestes limites constitucionais, tanto que chegaram a praticamente negar a liberdade individual, restando falha assim a finalidade constitucional do início. (HAYEK, 1998, p. 01). Criou-se a cultura de que o homem deveria ser afastado de todos os perigos, descrita por Russel (2005, p. 18-20), perdendo em autonomia individual, a qual não parece ser correta:

além da guerra, a civilização moderna tem procurado cada vez mais segurança, mas eu não estou tão certo do que a eliminação de todo o perigo faz para a felicidade. [...]

Muitas pessoas são mais felizes durante a guerra do que em tempo de paz, desde que o sofrimento diretamente vinculado aos combates não caia muito fortemente sobre eles pessoalmente. Uma vida tranquila pode muito bem ser uma vida chata. [...]

O problema é, antes, combinar o grau de segurança que é essencial para a espécie com formas de aventura e perigo e concurso que são compatíveis com o modo de vida civilizado. (tradução nossa)⁸⁴ (RUSSEL, 2005, p. 18-20).

Na *Internet*, as pessoas são expostas a alguns perigos de violações de seus direitos e, por isso, devem tomar cautela. Há, ainda, o efeito potencializador do fluxo de informações, o que torna difícil reparar plenamente uma situação de violações. Logo, estar na rede é arriscar sofrer algum dano, ou seja, é assumir um risco. Claro, tal risco não deve ser tamanho a ponto do receio de dano ser constante, o que não ocorrerá se o usuário adotar uma postura de autocensura. Ao Estado, cabe aceitar que uma possibilidade de dano a direito fundamental sempre existirá, mas que não é preciso levantar a bandeira da permanente ingerência estatal

⁸³ No original: "That freedom can be preserved only if it is treated as a supreme principle which must not be sacrificed for particular advantages was fully understood by the leading liberal thinkers of the nineteenth century, one of whom even described liberalism as 'the system of principles'".

⁸⁴ No original: "Apart from war, modern civilisation has aimed increasingly at security, but I am not at all sure that the elimination of all danger makes for happiness. [...]

Many people are happier during a war than they are in peace time, provided the direct suffering entailed by the fighting does not fall too heavily upon them personally. A quiet life may well be a boring life. [...]

The problem is rather to combine that degree of security which is essential to the species, with forms of adventure and danger and contest which are compatible with the civilised way of life".

para evitá-los na integralidade, porque tal postura por si só já acarretaria danos, talvez mais graves que os usuais. Russel (2005, p. 30) descreve as mazelas da cultura da centralização, na qual o Estado, pelo mecanismo da coesão social, tem pleno controle das individualidades:

o mecanismo instintivo da coesão social, nominado lealdade a uma pequena tribo cujos membros são conhecidos um dos outros, é algo de fato muito remoto do tipo de lealdade a um vasto Estado que tem a substituído no mundo moderno, e mesmo o que permanece do mais primitivo tipo de lealdade é provável que desapareça na nova organização do mundo que pedem os perigos presentes.

[...] Pode ser que as presentes tendências em direção à centralização são muito fortes para serem resistidas até que elas levem ao desastre, e isto, como aconteceu no século quinze, deve fazer o sistema inteiro abaixo, com todos os resultados inevitáveis da anarquia e pobreza, antes que seres humanos possam novamente adquirir esse grau de liberdade pessoal sem o qual a vida perde o seu sabor. Eu espero que este não seja o caso, mas certamente será o caso a não ser que o perigo seja realizado e a não ser que medidas enérgicas sejam tomadas para combater isto.

Neste breve esboço das mudanças em termos de coesão social que ocorreram em tempos históricos, podemos observar um movimento duplo.

De um lado, existe um desenvolvimento periódico, de um tipo solto e primitivo de organização até um governo gradualmente mais ordenado, envolvendo uma área maior, e regulando a maior parte da vida dos indivíduos. Em um certo ponto nesse desenvolvimento, quando tem havido um grande aumento na segurança e saúde, mas o vigor e o empreendedorismo de tempos mais turbulentos não ainda diminuíram, existe um potencial de grandes conquistas no avanço da sociedade. Mas quando a nova civilização se tornou estereotipada, quando o governo teve tempo para consolidar o seu poder, quando o costume, a tradição e o Direito estabeleceram regras suficientemente minutas para sufocar empresas, a sociedade interessada entra em estagnação. Homens louvam as façanhas de seus ancestrais, mas não podem se igualar a eles; arte torna-se convencional, e ciência é sufocada pelo respeito à autoridade. (tradução nossa)⁸⁵ (RUSSEL, 2005, p. 30-32).

⁸⁵ No original: "The instinctive mechanism of social cohesion, namely loyalty to a small tribe whose members are all known to each other, is something very remote indeed from the kind of loyalty to a large State which has replaced it in the modern world, and even what remains of the more primitive kind of loyalty is likely to disappear in the new organisation of the world that present dangers call for.

[...] It may be that the present tendencies towards centralisation are too strong to be resisted until they have led to disaster, and that, as happened in the fifth century, the whole system must break down, with all the inevitable results of anarchy and poverty, before human beings can again acquire that degree of personal freedom without which life loses its savour. I hope that this is not the case, but it certainly will be the case unless the danger is realised and unless vigorous measures are taken to combat it.

In this brief sketch of the changes in regard to social cohesion that have occurred in historical times, we may observe a two-fold movement.

On the one hand, there is a periodic development, from a loose and primitive type of organisation to a gradually more orderly government, embracing a wider area, and regulating a greater part of the lives of individuals. At a certain point in this development, when there has recently been a great increase in wealth and security, but the vigour and enterprise of wilder ages has not yet decayed, there are apt to be great achievements in the way of advancing civilisation. But when the new civilisation becomes stereotyped, when government has had time to consolidate its power, when custom, tradition, and law have established rules sufficiently minute to choke enterprise, the society concerned enters upon a stagnant phase. Men praise the exploits of their ancestors, but can no longer equal them; art becomes conventional, and science is stifled by respect for authority".

Relacionando os pensamentos do autor com a temática deste trabalho, percebe-se que o mecanismo da coesão social que serviu de base para que o Estado ocupasse tanto espaço na vida do indivíduo perdeu forças com o advento de uma ordem social autônoma na qual predomina a autodisciplina. Isto reverteu a tendência a uma lealdade remota e vasta a um ente supremo e inacessível, voltando a valer o pensamento do grupo que convive na ordem social autônoma: embora seja um grupo imenso, totalmente diferente dos pequenos grupos que se formavam antes que o Estado assumisse o controle pela coesão social.

Em outras palavras, o ciberespaço rompeu a tendência de centralização, na qual o grau de liberdade individual estava sendo tão reduzido a ponto da criatividade e inovação das quais o homem é capaz ficarem cada vez mais minimizadas. O excesso de regulamentação leva ao sufoco das características criativas da pessoa humana, a impede de criar, mais que isso, a impede de *ser*. Num contexto de centralização, infelizmente, ele é possível; mas quando se fala numa ordem social autônoma altamente dinâmica como o ciberespaço a regulamentação específica não só é prejudicial - é também impossível.

Não obstante, o legislador não pode ser visto como um ente supremo porque o povo tem o poder de legitimar ou não a lei elaborada, sob pena dela não adquirir efetividade.

Seria portanto provavelmente mais perto da verdade se nós invertêssemos a plausível e amplamente tida ideia de que o Direito deriva da autoridade ao invés de pensar que toda a autoridade deriva do Direito - não no sentido de que a lei indica autoridade, mas no sentido que autoridade exige obediência porque (e por conta disso) compele uma lei a presunção de existência independentemente disto e baseado na opinião difusa do que é o certo. Nem todo Direito pode portanto ser produto da legislação; mas o poder para legislar pressupõe o reconhecimento de algumas regras comuns; e tais regras que fundamentam o poder de legislar também o limitam. (tradução nossa)⁸⁶ (HAYEK, 1998, p. 95).

Não é porque o Direito confere autoridade que significa que tudo elaborado por esta autoridade será válido e benéfico. Uma vez na posição de autoridade, é natural que o legislador assuma a posição de supremo, posto que o Direito partirá dele. Contudo, isto não significa que poderá impor legislação sem limites, já que para legitimá-la é preciso que ela esteja de acordo com a concepção comum do que é certo, ou seja, que seja dotada de aceitação social - o próprio mecanismo do controle de constitucionalidade demonstra isso. Por tal motivo, Direito é mais que legislação, perpassando pela constante atividade legitimadora

⁸⁶ No original: "It would therefore probably be nearer the truth if we inverted the plausible and widely held idea that law derives from authority and rather thought of all authority as deriving from law - not in the sense that the law appoints authority, but in the sense that authority commands obedience because (and so long as) it enforces a law presumed to exist independently of it and resting on a diffused opinion of what is right. Not all law can therefore be the product of legislation; but power to legislate presupposes the recognition of some common rules; and such rules which underlie the power to legislate may also limit that power".

do povo. E se a legislação não poderá ficar alheia aos anseios sociais nem mesmo no plano físico, que dirá na ordem social autônoma do ciberespaço, em que os grupos de internautas podem coibir uma lei que considerem injusta fazendo prevalecer a tendência autodisciplinar - não que eles possam violar os direitos de dignidade e liberdade de terceiros.

Discorre Hayek (1998, p. 105): "uma importante consequência desta relação entre o sistema de regras de conduta e a ordem factual de ações é que nunca haverá uma ciência do Direito que é puramente uma ciência de normas e não leve em contra a ordem factual a que se destina" (tradução nossa)⁸⁷. Os anseios descritos pelo autor correspondem à necessidade de que a ordem jurídica seja o máximo possível compatível com os preceitos éticos consagrados, inclusive dotada da mesma flexibilidade. Segundo Nader (2001, p. 46), "uma ordem jurídica verdadeiramente acorde com a instância superior do *jus*, em que os direitos subjetivos se identificam com a moral, é uma questão de aperfeiçoamento do direito positivo". Havendo esta compatibilidade entre a ordem jurídica infraconstitucional e a constitucional na qual se descrevem estes princípios superiores do Direito, e não pretendendo esta regulamentação específica engessar o dinamismo social ou impedir o desenvolvimento das criatividade individuais, notadamente na *Internet*, tem-se um contexto de ingerência adequada. Mas, de maneira específica, é de se questionar quais seriam os limites para a atuação estatal.

Russel (2005, p. 67-72) assevera que são três os aspectos da vida que deveriam ser necessariamente disciplinados na esfera pública, são eles a *justiça*, a *segurança* e a *conservação*. Acerca destes três pilares da necessidade de regramento definem-se: a) *segurança*, que é o sentimento de proteção de vida, da propriedade e dos direitos constitucionalmente eleitos como fundamentais; b) *justiça*, pois a administração de justiça constitui-se na busca de equidade pela minoração de desigualdades postas ou possíveis; c) *conservação*, que subdivide-se em duas vertentes, quais sejam, a conservação de bens e recursos públicos ou de interesse público e a conservação dos laços sociais, uma vez que sendo o objetivo primeiro do Estado a manutenção da sociedade que o compõe é seu dever principal evitar ações que venham a esgarçar os laços sociais por não encontrarem punição.

Fora destes casos, em regra, a ausência de regulação específica não é prejudicial, por vezes pode ser até benéfica, v.g. se permitir uma garantia da preservação do espaço liberalista, democrático e flexível da rede mundial de computadores. Um exemplo de situação sobre como a desregulação pode estimular inovações industriais e sobre como existem aqueles que

⁸⁷ No original: "An important consequence of this relation between the system of rules of conduct and the factual order of actions is that there can never be a science of law that is purely a science of norms and takes no account of the factual order at which it aims".

preferem o clima de normatização para manter suas posições privilegiadas é a multiplicação das possibilidades de acesso à *Internet* por meios como o *WiFi*. Daí o problema de o governo tomar decisões erradas. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 285). O modo como o Estado irá intervir na sociedade da informação e tentará interagir com a ordem social autônoma da rede mundial de computadores deve ser muito bem pensado, equilibrando a necessária ingerência para preservação de direitos e o respeito à autonomia individual.

Entendem Abelson, Ledeen e Lewis (2008, p. 294):

bits são *bits*, se eles representam filmes, folhas de pagamento, palavrões, ou poemas. *Bits* são *bits*, se eles se movem como os elétrons em um fio de cobre, pulsos de luz em fibra de vidro, ou modulações de ondas de rádio. *Bits* são *bits*, se eles são armazenados em bancos de dados gigantescos, em DVDs enviados através do correio, ou em *drives* em chaveiros. A regulamentação da liberdade de expressão na transmissão de rádio e televisão é apenas um exemplo dos efeitos sociais remanescentes de acidentes históricos de tecnologia. Há muitos outros, em telefonia, por exemplo. Leis e políticas (*práticas*) regulamentando desenvolvimento de informação acerca das tecnologias nas quais a informação foi incorporada. (tradução nossa)⁸⁸.

Então, de um lado tem-se o dever de abstenção estatal, não interferindo na liberdade individual, principalmente por meio de regulamentação específica, salvo quando estritamente necessário. Assim, cada qual terá maior liberdade no controle de suas ações. No entanto, se mostra necessário um forte processo de conscientização, de forma que as situações de conflito sejam minimizadas o máximo possível. Surge, então, o dever educacional, enquanto decorrência da maior liberdade, ensinando a todos como bem utilizá-la, num dever jurídico de incentivo e promoção da autodisciplina.

Nem todos impulsos devem ser controlados pelo Direito, mas muitos dos que não são por ele controlados se mostram relevantes para o bom desenvolvimento da sociedade, cabendo quanto a estes apenas a atuação na esfera educacional:

de um lado, nós temos impulsos de manter o que possuímos, e (muito frequentemente) de adquirir o que outros possuem. De outro lado, nós temos impulsos criativos, impulsos de colocar alguma coisa no mundo que não pode ser tomada de ninguém. [...] Em termos gerais, a regularização dos impulsos possessivos e seu controle pelo Direito pertencem às funções essenciais do governo, enquanto os impulsos criativos, embora os governos

⁸⁸ No original: "Bits are bits, whether they represent movies, payrolls, expletives, or poems. Bits are bits, whether they are moved as electrons in copper wire, light pulses in glass fiber, or modulations in radio waves. Bits are bits, whether they are stored in gigantic data warehouses, on DVDs sent through the mail, or on flash drives on keychains. The regulation of free speech on broadcast radio and television is but one example of the lingering social effects of historical accidents of technology. There are many others - in telephony, for example. Laws and policies regulating information developed around the technologies in which that information was embodied".

possam incentivá-los, devem derivar sua principal influência da autonomia individual ou grupal. (tradução nossa)⁸⁹ (RUSSEL, 2005, p. 78).

Então, os impulsos criativos, que possuem tanta força na rede mundial de computadores, deverão ser incentivados por parte do Estado. Quanto aos impulsos que merecem repressão, o ideal é que o incentivo à não violação se dê, diminuindo a necessidade de intervenção estatal. Neste sentido, conferir maior liberdade, não significa que deva deixar os indivíduos a mercê de sua própria sorte. O Estado pode - e deve - fazer algo, promovendo o incentivo pessoal por diretrizes e políticas, que poderão gerar bons frutos em determinados casos. A respeito da importância do Estado no desenvolvimento da autoestima individual, destaca Russel (2005, p. 60):

um regime democrático é provável que evite estas formas mais grosseiras de rebaixamento pessoal, e pode dar oportunidade completa para a preservação do orgulho próprio. Mas pode fazer o oposto.

Desde que autoestima tem, no passado, sido, no principal, confinada à minoria privilegiada, ela pode facilmente ser subestimada por aqueles que estão em oposição a uma oligarquia estabelecida. E aqueles que acreditam que a voz do povo é a voz de Deus podem inferir que qualquer opinião não usual ou gosto peculiar sejam quase uma forma de impiedade, e seja para ser vista como uma rebelião culpável contra a autoridade legitimada do rebanho. Isto somente será evitado se a liberdade for tão valorizada quanto a democracia, e se percebe que uma sociedade em que cada um é o escravo de todos é apenas um pouco melhor do que aquela em que cada um é escravo de um déspota. Há igualdade onde todos são escravos, bem como onde todos são livres. Isso mostra que a igualdade, por si só, não é suficiente para fazer uma boa sociedade. (tradução nossa)⁹⁰.

As duas funções do governo são: coercitiva, impondo regras de conduta, e de serviço, para a administração de recursos postos a disposição (HAYEK, 1998, p. 48). O aspecto educacional perpassa pelas duas funções, pois minimiza a necessidade de uso da coação e diminui gastos na repressão de ilícitos ao mesmo tempo em que abre espaço para que a inovação seja sempre uma marca social.

⁸⁹ No original: "On the one hand, we have impulses to hold what we possess, and (too often) to acquire what others possess. On the other hand, we have creative impulses, impulses to put something into the world which is not taken away from anybody else. [...] Broadly speaking, the regularising of possessive impulses and their control by the law belong to the essential functions of government, while the creative impulses, though governments may encourage them, should derive their main influence from individual or group autonomy".

⁹⁰ No original: "A democratic regime is likely to avoid these grosser forms of self-abasement, and can give complete opportunity for the preservation of self-respect. But it may do quite the opposite. Since self-respect has, in the past, been, in the main, confined to the privileged minority, it may easily be undervalued by those who are in opposition to an established oligarchy. And those who believe that the voice of the people is the voice of God may infer that any unusual opinion or peculiar taste is almost a form of impiety, and is to be viewed as a culpable rebellion against the legitimate authority of the herd. This will only be avoided if liberty is as much valued as democracy, and it is realised that a society in which each is the slave of all is only a little better than one in which each is the slave of a despot. There is equality where all are slaves, as well as where all are free. This shows that equality, by itself, is not enough to make a good society".

Neste sentido, Russel (2005, p. 93) aponta que "não vamos criar um mundo bom tentando tornar os homens dóceis e tímidos, mas encorajando-os a serem ousados e aventureiros e destemidos, exceto em infligir ferimentos em seus semelhantes"⁹¹ (tradução nossa). O bom desenvolvimento da personalidade individual, permitindo o exercício da autonomia da vontade, o que não significa autorizar a violação de direitos fundamentais de outrem, é um objetivo a ser atingido na sociedade informatizada.

Retomando as limitações a respeito dos aspectos em que seria necessária a interferência estatal, tem-se que o governo poderá outras funções, a exemplo do incentivo para que as iniciativas não-governamentais sejam benéficas, posto que existem formas anárquicas e criminais de iniciativa que não podem ser toleradas numa sociedade civilizada. (RUSSEL, 2005, p. 71). No ciberespaço, isso significa promover e incentivar as limitações éticas da autodisciplina. Neste mundo conectado, o governo precisa tomar decisões que reforcem as regras para impedir a distribuição de tecnologias ultrapassadas. O governo deve incentivar que sejam obedecidas as leis quanto aos dispositivos manufaturados e reforçar o desenvolvimento de rádios interativas. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 293).

Com efeito, é possível o entendimento de que conhecer sobre as mazelas da rede, ou seja, ter consciência das atitudes mais adequadas quando se fala no uso da *Internet*, é uma nova faceta do direito à educação. Nesta linha, o artigo 6º, *caput* da Constituição Federal garante o direito à educação (BRASIL, 2012a). E conforme o artigo 205 da Constituição Federal, "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (grifo nosso) (BRASIL, 2012a). Ainda, o artigo 206 da Constituição Federal prevê que "o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber" (grifo nosso) (BRASIL, 2012a).

A *Internet* é o instrumento por excelência para a manifestação do pensamento, propiciando que os conhecimentos sejam divulgados e que o processo de conscientização política se intensifique. O ensino deve abranger a habilitação do educando para utilizá-la sem sofrer danos, tornando efetivo o direito de participar da sociedade.

Em termos de direito constitucional, o Estado não possa impor toda e qualquer regra para o uso da *Internet*, por exemplo, a postura de autocensura que visa somente a preservação pessoal, evitando ser vítima de atos ilícitos, não pode ser imposta porque a proteção jurídica

⁹¹ No original: "We shall not create a good world by trying to make men tame and timid, but by encouraging them to be bold and adventurous and fearless except in inflicting injuries upon their fellow-men".

dos direitos fundamentais envolve o impedimento de que terceiros e de que o Estado cometam violações. Não obstante, há aquelas lacunas que se mostram necessárias para preservar os impulsos criativos, desde que permitam ao intérprete adequar os princípios e cláusulas gerais aos casos concretos.

Contudo, é evidente que o Estado tem o dever de divulgar para a sociedade diretrizes sobre o uso adequado da *Internet*. Tal dever surge não só em decorrência do necessário respeito aos direitos à segurança e à educação, mas também porque é de interesse do Estado que as pessoas se conscientizem sobre o uso ético da *Internet*, o que evitará a prática de atos ilícitos, movimentando a máquina estatal.

4.2.1 Poder Executivo: atuação do Comitê Gestor da *Internet* no Brasil

Ainda que desempenhe um papel menos relevante no que tange à coexistência com a autodisciplina na *Internet*, permitindo que a ordem organizada do Direito conviva com a ordem social autônoma do ciberespaço, posto que as principais polêmicas cercam a atividade legislativa específica e o processo interpretativo do Judiciário, o Executivo tem contribuído de maneira relevante para o cenário informático.

De início, destaca-se a ampla utilização das tecnologias da informação por parte do Executivo, notadamente na esfera federal. Dentre outras coisas, o Poder Executivo brasileiro tem uma experiência na área informática de sucesso implantada no site da Receita Federal. Olivo (2003, p. 336) comenta algumas operações que podem ser feitas pelo *site*: a Declaração do Imposto de Renda; a obtenção de informações sobre a legislação tributária, arrecadação de tributos e contribuições federais; bem como sobre estudos tributários, leilões, doações de mercadorias apreendidas, Educação Fiscal e consulta à restituição.

A origem de tudo talvez seja o Programa de Governo Eletrônico brasileiro, visando democratizar o acesso à informação, ampliar discussões e dinamizar a prestação de serviços públicos mediante a utilização de tecnologias de informação e comunicação (TICs) (BRASIL, 2012n). No ano 2000, foi criado o Grupo de Trabalho Interministerial, cujas ações foram incorporadas às medidas do programa Sociedade da Informação, coordenado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia. Tal grupo, ainda em 2000, apresentou uma Proposta de Política de Governo Eletrônico para o Poder Executivo Federal, quando também foi criado o Comitê Executivo de Governo Eletrônico e, em 2003, foram instituídos comitês técnicos neste: Implementação do Software Livre; Inclusão Digital; Integração de Sistemas; Sistemas Legados e Licenças de Software; Gestão de Sítios e Serviços *On-line*; Infraestrutura de Rede;

Governo para Governo - G2G; Gestão de Conhecimentos e Informação Estratégica. Em 2004, foi criado o Departamento de Governo Eletrônico. No ano de 2005, a forma eletrônica passou a ser priorizada pelo governo nas compras de bens e serviços. Por sua vez, em 2006, surgiu o Portal de Inclusão Digital, com ações voltadas à inclusão no ambiente virtual das pessoas que vivem nas comunidades mais carentes. A partir de 2007 começaram a ser divulgadas as pesquisas sobre a qualidade dos serviços eletrônicos no país e, desde 2008, são elaboradas cartilhas tratando do aprimoramento da comunicação e do fornecimento de informações e serviços prestados por meios eletrônicos pelos órgãos do governo federal. Em resumo, no Brasil, a política de Governo Eletrônico segue um conjunto de diretrizes que atuam em três frentes fundamentais: junto ao cidadão, melhoria da gestão interna e integração com parceiros e fornecedores. (BRASIL, 2012o).

Neste contexto que se enquadra o Comitê Gestor da *Internet* no Brasil, que foi criado em 1995 pela Portaria Interministerial n. 147, alterada pelo Decreto n. 4829/03, o qual visa tornar efetiva a participação da sociedade nas decisões envolvendo a implantação, administração e uso da *Internet* (BRASIL, 2012p). Trata-se de órgão fundamental dentro do ideário de governança eletrônica do Poder Executivo federal. São suas atribuições:

- a proposição de normas e procedimentos relativos à regulamentação das atividades na *Internet*;
- a recomendação de padrões e procedimentos técnicos operacionais para a *Internet* no Brasil;
- o estabelecimento de diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da *Internet* no Brasil;
- a promoção de estudos e padrões técnicos para a segurança das redes e serviços no país;
- a coordenação da atribuição de endereços *Internet* (IPs) e do registro de nomes de domínios usando
;
- a coleta, organização e disseminação de informações sobre os serviços *Internet*, incluindo indicadores e estatísticas. (BRASIL, 2012p).

A atividade de estabelecimento de diretrizes para atividades praticadas na *Internet* pelo comitê em questão é relevante por vários motivos: 1) permite a participação direta dos internautas nos processos de discussão; 2) não estabelece conteúdos coativos, mas apenas recomendações; 3) geralmente prioriza cláusulas gerais e princípios norteadores em vez de delimitar a conduta esperada do internauta de maneira extensa. Se a participação é possível, a tendência é que os anseios dos internautas sejam atendidos o máximo possível; se o conteúdo não é coativo, a liberdade fica mantida, tomando as diretivas do comitê apenas como norte para a conduta pessoal; se predominam cláusulas gerais e princípios norteadores, torna-se possível a consolidação destes parâmetros na autodisciplina da rede, além do que,

com respeito à política, a introspecção metodológica que, no caso das ordens espontâneas complexas, nunca será apta a determinar mais que princípios gerais em que eles operarão ou preverão as mudanças particulares que qualquer evento no ambiente irá acarretar, tem de longo alcance consequências. (tradução nossa)⁹² (HAYEK, 1998, p. 62-63).

Entre as regulamentações elaboradas pelo Comitê Gestor da *Internet*, destacam-se: a) Resolução CGI.br/RES/2009/001/P: Código de Autoregulação de *E-mail* Marketing; b) Resolução CGI.br/RES/2010/003/P: sistema administrativo de conflitos de *Internet* relativos a nomes de domínios sob o ".br"; c) Resolução CGI.br/RES/2010/004/P: recomendação para operação de serviços DNS; d) Resolução CGI.br/RES/2011/003/P: assuntos de Governança da *Internet*; e) Resolução CGI.br/RES/2012/003/P: posicionamento do CGI.br em relação ao SOPA - Stop Online Piracy Act, contrário por violar princípios do CGI; f) Resolução CGI.br/RES/2012/005/P: posicionamento do CGI.br em relação ao Marco Civil da *Internet* no Brasil, favorável; g) Resolução CGI.br/RES/2009/003/P: princípios para a governança e uso da *Internet* no Brasil, os quais merecem ser mencionados no inteiro teor (BRASIL, 2012q).

1. Liberdade, privacidade e direitos humanos

O uso da *Internet* deve guiar-se pelos princípios de liberdade de expressão, de privacidade do indivíduo e de respeito aos direitos humanos, reconhecendo-os como fundamentais para a preservação de uma sociedade justa e democrática.

2. Governança democrática e colaborativa

A governança da *Internet* deve ser exercida de forma transparente, multilateral e democrática, com a participação dos vários setores da sociedade, preservando e estimulando o seu caráter de criação coletiva.

3. Universalidade

O acesso à *Internet* deve ser universal para que ela seja um meio para o desenvolvimento social e humano, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória em benefício de todos.

4. Diversidade

A diversidade cultural deve ser respeitada e preservada e sua expressão deve ser estimulada, sem a imposição de crenças, costumes ou valores.

5. Inovação

A governança da *Internet* deve promover a contínua evolução e ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso.

6. Neutralidade da rede

Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento.

7. Inimutabilidade da rede

O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos.

8. Funcionalidade, segurança e estabilidade

⁹² No original: "With respect to policy, the methodological insight that in the case of complex spontaneous orders we will never be able to determine more than the general principles on which they operate or to predict the particular changes that any event in the environment will bring about, has far-reaching consequences".

A estabilidade, a segurança e a funcionalidade globais da rede devem ser preservadas de forma ativa através de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e estímulo ao uso das boas práticas.

9. Padronização e interoperabilidade

A *Internet* deve basear-se em padrões abertos que permitam a interoperabilidade e a participação de todos em seu desenvolvimento.

10. Ambiente legal e regulatório

O ambiente legal e regulatório deve preservar a dinâmica da *Internet* como espaço de colaboração. (BRASIL, 2012r).

Além do estabelecimento destes princípios gerais, as iniciativas mais relevantes do comitê consistam na divulgação de diversas cartilhas direcionadas à ação dos usuários da rede mundial de computadores, visando a autorregulamentação de situações variadas. Entre elas, destaca-se a Cartilha de Segurança para a *Internet*, tantas vezes mencionada no presente trabalho, com recomendações e dicas sobre como o usuário pode aumentar a sua segurança na *Internet*. Percebe-se no âmbito do Poder Executivo, de maneira geral, uma atuação de incentivo e promoção da autodisciplina na rede, intercalada com políticas governamentais que ampliem o acesso aos menos favorecidos, consolidando a democracia na *Internet*.

4.2.2 Poder Legislativo: desempenho da atividade normativa no ciberespaço

O Poder Legislativo, por questões culturais e políticas, tende à ingerência na vida do cidadão, elaborando vasta gama de conteúdos específicos, principalmente quando a questão envolve assunto de repercussão nacional. Originalmente, ao contrário do que se pensa, o Poder Legislativo surgiu antes que fosse necessário estabelecer mudanças de regras universais de conduta, isto é, de diretivas de ação aplicáveis abstratamente, conforme Hayek (1998, p. 90). Para propiciar a organização do governo, se mostrava necessário elaborar leis a cada empreendimento ou mudança estrutural, processo este contínuo, de modo que a atividade de legislar surgiu voltada para o governo e não para os homens, sendo natural o estabelecimento de um corpo próprio para desempenhá-la, qual seja o Legislativo:

estava em conexão com as regras da organização do governo que a elaboração deliberada de "leis" se torna um familiar e cotidiano procedimento, todo novo empreendimento de um governo ou toda mudança na estrutura governamental requereu algumas novas regras para sua organização. O estabelecimento de tais novas regras então se torna um procedimento aceito muito antes de qualquer contemplado usá-lo para alterar as regras de conduta justa já estabelecidas. Mas quando o desejo de fazê-lo surgiu era quase inevitável que a tarefa fosse confiada ao corpo que sempre fez leis em outro sentido e muitas vezes também tinha sido chamado para

depor sobre o que as regras de justa conduta estabelecidas eram. (tradução nossa)⁹³ (HAYEK, 1998, p. 91).

Com o passar dos tempos, a legislação adquiriu a finalidade que hoje parece preponderar, qual seja a de regulamentar condutas dos que vivem na jurisdição de um Estado. Neste ponto já se percebe uma mudança em relação ao atual contexto de informatização, posto que não existe delimitação de jurisdição no ciberespaço, de forma que o Estado precisa se adaptar ao contexto de transnacionalidade e rompimento de fronteiras.

O instrumento chefe de mudança deliberada na sociedade moderna é a legislação. Mas embora cuidadosamente nós possamos pensar em todo e qualquer ato único do trabalho legislativo, nós nunca estaremos livres para redesenhar completamente o sistema jurídico como um todo, ou para refazê-lo numa nova roupagem completa de acordo com um projeto coerente. Elaboração de legislação é necessariamente um processo contínuo no qual todo passo produz até então consequências imprevisíveis para o que podemos ou devemos fazer a seguir. As partes de um sistema legal não são muito ajustadas uma a outra de acordo com uma visão global compreensiva, como gradualmente adaptadas uma a outra por aplicações sucessivas de princípios gerais a problemas particulares - princípios, isto é, que muitas vezes não são explicitamente conhecidos mas meramente implicam e medidas específicas que são tomadas. (tradução nossa)⁹⁴ (HAYEK, 1998, p. 65).

Não só a legislação é um instrumento que mais se adequa a um tempo e espaço delimitados, como também passa por um constante processo de elaboração sem que se perca nos princípios base consagrados. Ainda, como se frisou desde o capítulo 2, a ordem social autônoma decorrente da evolução informática quebra muitas destas perspectivas tradicionais, de forma que cada vez mais a importância do indivíduo enquanto pessoa humana digna e racional se amplia para a consolidação do espaço democrático. Talvez nunca tenha existido tanto espaço para a democracia quanto na rede mundial de computadores, o que demonstra que a democracia representativa, a qual foi tida por fundante do Estado Moderno, não passa

⁹³ No original: "It was in connection with rules of the organization of government that the deliberate making of 'laws' became a familiar and everyday procedure; every new undertaking of a government or every change in the structure of government required some new rules for its organization. The laying down of such new rules thus became an accepted procedure long before anyone contemplated using it for altering the established rules of just conduct. But when the wish to do so arose it was almost inevitable that the task was entrusted to the body which had always made laws in another sense and often had also been asked to testify as to what the established rules of just conduct were".

⁹⁴ No original: "The chief instrument of deliberate change in modern society is legislation. But however carefully we may think out beforehand every single act of law-making, we are never free to redesign completely the legal system as a whole, or to remake it out of the whole cloth according to a coherent design. Law-making is necessarily a continuous process in which every step produces hitherto unforeseen consequences for what we can or must do next. The parts of a legal system are not so much adjusted to each other according to a comprehensive overall view, as gradually adapted to each other by the successive application of general principles to particular problems - principles, that is, which are often not even explicitly known but merely implicit in the particular measures that are taken".

de um mito. Neste sentido, Hayek (1998, p. 02-03) pretende demonstrar que o processo de descrença nas instituições estatais pela perda de imparcialidade e técnica

[...] não é uma consequência necessária da democracia, mas um efeito apenas de uma particular forma de governo ilimitado com a qual a democracia passou a ser identificada. Se eu estou certo, pareceria de fato que esta particular forma de governo representativo que agora prevalece no mundo Ocidental, e a qual muitos sentem que devem defender porque erroneamente reportam como a única possibilidade de democracia, tem uma tendência inerente de deixar de lado os ideais que estava intencionada a servir. Dificilmente se pode negar que, desde que este tipo de democracia passou a ser aceito, nós temos nos movido contra o ideal de liberdade individual do qual ela tinha sido considerada a mais segura salvaguarda, e agora está à deriva em direção a um sistema que ninguém queria. (tradução nossa)⁹⁵.

Talvez muitos se neguem a enxergar que o modelo tido como democrático que seria o da representatividade perante uma esfera governamental se mostrou cada vez mais decadente. No Brasil, a situação de agrava com os espaços infinitos para politicagem, na qual a atividade legislativa é utilizada como barganha para obtenção de votos, deixando de lado questões relevantes não tão veiculadas na mídia e se atendo a situações em que talvez uma legislação específica fosse dispensável. Entende Russel (2005, p. 57):

democracia, como existe nos grandes Estados modernos, não confere um escopo adequado para a iniciativa política exceto para uma minúscula minoria. Nós estamos acostumados a apontar que o que os gregos chamam "democracia" ficou aquém através da exclusão de mulheres e escravos, mas nós nem sempre percebemos que em alguns aspectos importantes ela era mais democrática que qualquer coisa que seja possível quando a área governamental é extensa. Todo cidadão poderia votar em qualquer questão; ele não tinha que delegar seu poder a um representante. Ele poderia eleger oficiais executivos, incluindo generais, e poderia condená-los se eles descontentassem a maioria. O número de cidadãos era pequeno o suficiente para cada homem sentir que era considerado, e que ele poderia ter uma influência significativa pela discussão com seu conhecimento. Eu não estou sugerindo que este sistema era bom como um todo; ele tinha, de fato, muitas desvantagens graves. Mas sob o único aspecto de permitir uma iniciativa individual, ele era muito superior a qualquer coisa que exista no mundo moderno. (tradução nossa)⁹⁶.

⁹⁵ No original: "This development, as I hope to show, is not a necessary consequence of democracy, but an effect only of that particular form of unlimited government with which democracy has come to be identified. If I am right, it would indeed seem that the particular form of representative government which now prevails in the Western world, and which many feel they must defend because they mistakenly regard it as the only possible form of democracy, has an inherent tendency to lead away from the ideals it was intended to serve. It can hardly be denied that, since this type of democracy has come to be accepted, we have been moving away from that ideal of individual liberty of which it had been regarded as the surest safeguard, and are now drifting towards a system which nobody wanted".

⁹⁶ No original: "Democracy, as it exists in large modern States, does not give adequate scope for political initiative except to a tiny minority. We are accustomed to pointing out that what the Greeks called 'democracy' fell short through the exclusion of women and slaves, but we do not always realise that in some important

Se a *Internet* propicia a criação de um espaço onde a democracia pode ser exercida pela participação direta nas escolhas sociais, não se justifica que se vele pela manutenção do sistema tradicional. Em geral, tem-se uma repartição de funções quando o indivíduo retoma sua autonomia e o direito de fazer escolhas por si e não por intermédio de uma massa superior de poder, isto é, tal retomada implica numa menor necessidade de intervenção estatal, posto que as pessoas controlam uma esfera de suas vidas que costumava ser disciplinada pelo Estado. Pode até ser que este anseio existisse antes da rede mundial de computadores, mas somente nela que se criou um espaço para sua efetivação. Desta forma, um modelo rigoroso tal qual o perceptível no plano físico da vida social se mostra incompatível com a diminuição do espaço de intervenção estatal decorrente da retomada da autonomia no ciberespaço, a qual tem consolidado a autodisciplina na *Internet*. Por este primeiro motivo, um modelo flexível é mais compatível com os anseios da sociedade informatizada.

A segunda razão que gera a necessidade de um sistema mais flexível decorre das características técnicas da rede: o intenso fluxo de informações, o surgimento cotidiano de novas funcionalidades e a quebra das fronteiras de espaço e tempo demonstram uma dinâmica da rede que não existe no plano físico ao qual geralmente a atividade normativa se voltava. Um sistema de relações sociais dinâmicas implica num sistema jurídico dinâmico e flexível para que ele seja efetivo. Afinal, o modelo jurídico flexível que priorize cláusulas gerais e princípios fundamentais nunca ficará desatualizado por mais que a cada dia surjam novas situações de conflito. O benefício disto é que um modelo flexível preserva mais a liberdade, justamente o que se espera para a *Internet*. Afinal, "a liberdade pode ser preservada apenas seguindo princípios e é destruída seguindo conveniências" (tradução nossa)⁹⁷ (HAYEK, 1998, p. 56). No contexto da informatização, bem afirmam Abelson, Ledeen e Lewis (2008, p. 257) no sentido de que "seria uma triste ironia se a liberdade de informação, tão defendida por séculos nos Estados Unidos, caísse no século vinte e um devido a uma combinação de leis de proteção doméstica das crianças e oportunidades internacionais para fazer dinheiro"⁹⁸,

respects it was more democratic than anything that is possible when the governmental area is extensive. Every citizen could vote on every issue; he did not have to delegate his power to a representative. He could elect executive officers, including generals, and could get them condemned if they displeased a majority. The number of citizens was small enough for each man to feel that he counted, and that he could have a significant influence by discussion with his acquaintance. I am not suggesting that this system was good on the whole; it had, in fact, very grave disadvantages. But in the one respect of allowing for individual initiative it was very greatly superior to anything that exists in the modern world".

⁹⁷ No original: "Freedom can be preserved only by following principles and is destroyed by following expediency".

⁹⁸ No original: "It would be a sad irony if information liberty, so stoutly defended for centuries in the U.S., would fall in the twenty-first century to a combination of domestic child protection laws and international money-making opportunities".

referindo-se à intensa elaboração legislativa que tem se tornado tendência nos Estados Unidos em prol da segurança dos cidadãos.

O terceiro fundamento para uma intervenção menos intensa do Legislativo se baseia numa decorrência dos anteriores: se os internautas retomam sua autonomia e diminuem o espaço estatal, natural que queiram opinar sobre o que puder atingi-los; e se o dinamismo da rede possibilita que as legislações que se refiram a ela sejam aplicadas com mais dificuldade, a tendência é que os internautas usem isso a seu favor, propagando questões impedidas pelo Legislativo num intenso fluxo de informações. Logo, os anseios dos internautas incidem diretamente na efetividade da norma imposta pelo Legislativo, se modo que a não aceitação dela implicará numa desobediência constante numa rede de fluxo de informações infundável. Retoma-se a questão tantas vezes discutida, mas tão pouco compreendida, no sentido de que a opinião do povo legitima a atividade de legislar, não somente quando o legislador é colocado no poder, mas durante sua gestão caso ela seja contrária aos interesses sociais.

Entende Hayek (1998, p. 92):

a autoridade de um legislador sempre repousa, contudo, em algo que deve ser claramente distinguido de um ato de vontade sobre um determinado assunto em questão, e pode portanto também ser limitada pela fonte da qual deriva sua autoridade. A fonte é uma opinião prevalente de que o legislador está autorizado apenas a prescrever o que é certo, onde sua opinião se refere não ao conteúdo específico da regra mas aos atributos gerais que qualquer regra de conduta justa deva possuir. O poder do legislador então repousa na opinião comum sobre certos atributos que as leis que ele produza devam possuir, e sua vontade poderá obter o apoio da opinião apenas se sua expressão possuir aqueles atributos. (tradução nossa)⁹⁹.

Logo, somente algumas imposições elaboradas pelo Legislativo serão legítimas, perpassando por um constante processo de avaliação por parte dos cidadãos. Talvez no plano físico, ainda que uma pessoa não aprove a lei, ela não tem meios para se opor ao seu cumprimento, mas isto não se dá no ciberespaço. Expõe Russel (2005, p. 83):

quando um homem considera uma certa lei como ruim, ele tem um direito, e pode ter um dever, de tentar obtê-la mudada, mas é apenas em casos raros que ele tem o direito de quebrá-la. Eu não nego que existem situações em

⁹⁹ No original: "The authority of a legislator always rests, however, on something which must be clearly distinguished from an act of will on a particular matter in hand, and can therefore also be limited by the source from which it derives its authority. This source is a prevailing opinion that the legislator is authorized only to prescribe what is right, where this opinion refers not to the particular content of the rule but to the general attributes which any rule of just conduct must possess. The power of the legislator thus rests on a common opinion about certain attributes which the laws he produces ought to possess, and his will can obtain the support of opinion only if its expression possesses those attributes".

que o rompimento da lei se torna um dever: é um dever quando um homem profundamente acredita que seria um pecado obedecer. (tradução nossa)¹⁰⁰.

Existem, então, situações em que o homem estará autorizado a romper com a legislação imposta se ela for contrária aos anseios esperados. Se isso vale para onde predomina a ordem organizada, que dirá numa ordem social autônoma regrada pelo próprio grupo de pessoas nela envolvido, numa autodisciplina.

A questão perpassa em como proporcionar que um sistema flexível seja elaborado, fazendo coexistir as necessidades dos internautas com o estabelecimento de regras jurídicas que permitam que situações de conflito nesta ordem paralela não sejam deixadas sem solução. Para tanto, se mostra necessário tomar por base de uma forma intensa o conteúdo da Constituição Federal, de preferência deixando de legislar quando nela já existirem diretivas suficiente para a solução do conflito. Entende Silva (2008, p. 76):

para conciliar direitos fundamentais e direito privado sem que haja um domínio de um pelo outro, a solução proposta é a *influência* dos direitos fundamentais nas relações privadas *por intermédio* do material normativo do próprio direito privado. Essa é a base dos *efeitos indiretos*.

Essa conciliação entre direitos fundamentais e direito privado, por meio da produção indireta de efeitos dos primeiros no segundo, pressupõe a ligação de uma concepção de direitos fundamentais como um *sistema de valores* com a existência de *portas de entrada* desses valores no próprio direito privado, que seriam as *cláusulas gerais*.

Claro, existirão situações complexas que deverão ser ponderadas pelo Legislativo. Por exemplo, em geral, o direito penal não aceita um conteúdo tão flexível quanto o que o dinamismo da rede exige. Ainda que a maioria dos crimes cometidos pela *Internet* na verdade já se encontrem tipificados, alterando-se apenas o *modus operandi*, existem outras situações de conflitos que não encontram tal amparo. Desta forma, numa nação profundamente comprometida com a liberdade de expressão como um direito fundamental, questiona-se que tipo de práticas negativas na *Internet* devem ser crimes, e que tipos de práticas são apenas erradas moralmente (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 16).

Acompanhando o que foi dito neste tópico, entende Peck (2002, p. 26) que a criação de legislação específica não atenderia aos fins almejados pela sociedade da informação, que sofre com a relativização dos conceitos de espaço e tempo, razão pela qual há uma tendência do estabelecimento da disciplina jurídica através da autorregulamentação, pela qual as regras são criadas por participantes diretamente afetados pelos assuntos em questão, com propostas

¹⁰⁰ No original: "When a man considers a certain law to be bad, he has a right, and may have a duty, to try to get it changed, but it is only in rare cases that he does right to break it. I do not deny that there are situations in which law-breaking becomes a duty: it is a duty when a man profoundly believes that it would be a sin to obey".

de soluções práticas capazes de atender ao dinamismo exigido pela *Internet*. Aponta Peck (2002, p. 41):

o direito digital tem como princípio normativo a auto-regulamentação [sic], ou seja, o deslocamento do eixo legislativo para os participantes e interessados diretos na proteção de determinado direito e na solução de determinada controvérsia. Sendo assim, o direito digital possibilita uma via paralela que não a via legislativa para criar regras de conduta para a sociedade digital ditadas e determinadas pela própria sociedade.

No entanto, a tendência no Legislativo é outra, no Brasil e no mundo. Havendo a escolha entre a proteção contra danos pessoais e a necessidade que alguns possuem de proferir impropérios, em geral opta-se pela primeira. A segurança é imediata, enquanto a liberdade é de longo prazo, e a maioria das pessoas possuem um pensamento de curto alcance, deixando de bom grado que o governo se preocupe com a segurança da nação. Mas conforme a linha inferior da Primeira Emenda da Constituição Americana, numa sociedade se comprometeu com o autogoverno, nunca é verdade que, a longo prazo, a *segurança* do país poderá ser ameaçada pela liberdade do povo. Os projetos de lei de censura na *Internet* são aprovados com margem segura porque membros do Congresso não se atrevem a votar contra a segurança de seus legitimadores e, especialmente, contra a segurança das crianças. Relativamente isolada da pressão política, as cortes têm repetidamente desfeito o discurso ao limitar a legislação aprovada. (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008, p. 253).

Não se pode perder de vista que a tendência do Poder Legislativo brasileiro é a de legislar intensamente sobre assuntos que chamem a atenção da sociedade, geralmente por motivos políticos e não técnicos. Costuma-se criticar este excesso legislativo, pois os legisladores se perdem em normas confeccionadas sem qualidade técnica ou utilidade prática, fadadas à ineficácia. [...] No âmbito dos crimes da *Internet*, forte corrente do Poder Legislativo tem pretendido criar um número cada vez maior de tipos penais incriminadores, tantas vezes quanto se mostrar necessário para coibir ilícitos na rede. (GARCIA; LUCA, 2012, p. 162-163).

O parecer da Comissão de Constituição e Justiça no PL n. 84/1999, que será estudado a frente, evidencia a postura policesca e de plena regulamentação que o Poder Legislativo pretende conferir aos eventos da rede mundial de computadores, o que vai contra a tendência da autodisciplina que é corroborada pela postura dos internautas:

é exatamente em cima dessas ações que apresentam aspectos específicos que devemos atentar trabalhando para tipificar um número cada vez maior de ações que, devido a mobilização dos dados no sistema de informática, se multiplicam e se diversificam rapidamente, violando direitos e fazendo da *Internet* instrumento para a prática de crimes. (BRASIL, 2012s).

Considerado este contexto, a partir daqui enumeram-se alguns projetos de lei que foram aprovados, rejeitados ou estão em processo de deliberação, tanto na esfera criminal quanto na cível, de modo a compreender as tendências do Legislativo no exercício da atividade normativa no ciberespaço.¹⁰¹

a) *PL n. 84/1999*: um exemplo de tentativa de elaboração de uma lei para os crimes na *Internet* de cunho claramente contrário à visão do direito penal como último recurso para a solução de conflitos é o do próprio PL n. 84/99, tanto que seu teor foi rejeitado praticamente na íntegra. Desde 1999, estava em trâmite no Poder Legislativo Brasileiro o Projeto de Lei n. 84 (PL n. 84/1999), também conhecido como "Projeto de Lei Azeredo", que "dispõe sobre os crimes cometidos na área de informática, suas penalidades e dá outras providências", o qual "caracteriza como crime informático ou virtual os ataques praticados por 'hackers' e 'crackers', em especial as alterações de *home pages* e a utilização indevida de senhas" (BRASIL, 2012t).

Embora o projeto original seja de autoria do ex-deputado federal Luiz Piauhyllino (PSDB/PE), as mais relevantes alterações nele foram de autoria do Senador Eduardo Brandão de Azeredo (PSDB/MG), que apresentou um Projeto de Lei substitutivo (PLC n. 89/2003) e adotou postura ativa pela sua aprovação. Dentre as questões que tal projeto pretendia regular, destacam-se: acesso indevido ao meio eletrônico; manipulação ilícita de informação virtual; difusão e propagação de vírus; atentado contra a segurança de serviços de utilidade pública; obtenção, transferência ou fornecimento não autorizado de dados eletrônicos; divulgação ou utilização indevida de informações e dados pessoais; estelionato na rede; falsificação de dados eletrônicos; entre outros (BRASIL, 2012t).

O Projeto de Lei n. 84/1999, que havia sido aprovado pelo Senado Federal, além de ter obtido dois pareceres de comissões totalmente favoráveis à aprovação na Câmara dos Deputados (entre elas a Comissão de Constituição e Justiça), estava repleto de controvérsias que inviabilizavam sua aplicabilidade e eficácia no ordenamento jurídico, em caso de aprovação. Se não bastasse, este projeto sofreu grande resistência por parte dos usuários da *Internet*, tendo em vista que circula na rede uma petição eletrônica, com mais de 165 mil assinaturas, de pessoas que se opunham à aprovação, alegando ser uma afronta à democracia e à liberdade na *Web*. Consta no teor da petição intitulada "Em defesa da liberdade e do progresso do conhecimento na *Internet* brasileira":

¹⁰¹ São diversos os projetos de lei que versam sobre a temática, abordando as diversas esferas da atividade normativa estatal - cível, penal, trabalhista, entre outras. No presente trabalho, opta-se por algumas destas propostas, as quais parecem melhor exemplificar o contexto da atuação do Legislativo em relação aos conflitos que se estabelecem no ciberespaço.

[...] um projeto de Lei do Senado brasileiro quer bloquear as práticas criativas e atacar a *Internet*, enrijecendo todas as convenções do direito autoral. O Substitutivo do Senador Eduardo Azeredo quer bloquear o uso de redes P2P, quer liquidar com o avanço das redes de conexão abertas (*Wi-Fi*) e quer exigir que todos os provedores de acesso à *Internet* se tornem delatores de seus usuários, colocando cada um como provável criminoso. É o reino da suspeita, do medo e da quebra da neutralidade da rede. Caso o projeto Substitutivo do Senador Azeredo seja aprovado, milhares de internautas serão transformados, de um dia para outro, em criminosos. Dezenas de atividades criativas serão consideradas criminosas pelo artigo 285-B do projeto em questão. Esse projeto é uma séria ameaça à diversidade da rede, às possibilidades recombinantes, além de instaurar o medo e a vigilância. (COMUNIDADE DE CIBERCULTURA, 2012).

Despontava um cenário no qual dificilmente o projeto seria aprovado nos moldes em que estava formulado, mas caso isso acontecesse ficaria evidente a oposição do grupo para o qual a legislação seria aplicada. Como já visto no presente trabalho, impor uma conduta a um grupo que coexiste numa ordem social autônoma não seria tão fácil. Apenas para exemplificar uma das aberrações legislativas que o projeto em questão pretendia criar, destaca-se a da alteração para os crimes contra a incolumidade pública e para o crime de dano.

Quanto à alteração dos artigos 265 e 266 do Código Penal Brasileiro, passaria a ser crime atentar contra, interromper ou perturbar serviços de informação ou telecomunicação. Desta forma, observa-se a previsão de um novo capítulo no respectivo código, intitulado "Dos Crimes contra a Segurança dos Sistemas Informatizados", a ser acrescido no Título VIII, "Dos Crimes contra a Incolumidade Pública" (BRASIL, 2012t).

Na atualidade, a maior forma de se atentar contra o sistema virtual, é através da propagação e difusão de códigos maliciosos, os chamados vírus. A conduta seria uma espécie de crime contra a incolumidade pública, reforçando a coerência de se inserir em tal título da legislação, conforme supracitado, protegendo assim, os interesses difusos. No entanto, não serão estas as condutas abrangidas pelo novo capítulo, mas sim as de acesso mediante violação de segurança (artigo 285-A, CP) e de obtenção ilegítima de dado ou informação (artigo 285-B, CP) (BRASIL, 2012t). Tratam-se de condutas que geralmente atingirão uma pessoa específica, salvo se a informação acessada ou a violação de segurança sejam praticados contra a Administração (ainda assim, poderia se enquadrar melhor como crime contra a Administração). Neste viés, até faz sentido a exigência de representação condicionar a ação pública à representação da vítima ou de quem tenha qualidade para representá-la (artigo 285-C, CP - exigência de representação, salvo se a vítima for, de algum modo, o serviço público - p. ex., União, fundações públicas, serviços sociais autônomos) (BRASIL, 2012t), mas esta é inaceitável se os crimes em questão forem realmente considerados como

crimes contra a incolumidade pública. A figura da representação é incompatível com a natureza do crime contra a sociedade, ou a incolumidade pública, posto que a vítima nestes crimes será protegida de forma reflexa, bem como possíveis danos a ela causados. Afinal, nos crimes que visam proteger a incolumidade, são vislumbradas condutas que podem perturbar a tranquilidade dos indivíduos, lesando bens ou interesses indispensáveis à sobrevivência do homem; são protegidos interesses difusos, sem titulares identificáveis (JESUS, 2003, p. 267).

A conduta que mais se aproxima de um crime contra a incolumidade pública seria o crime de "inserção ou difusão de código malicioso" que, por sua vez, foi considerado um crime de dano (artigo 163-A, CP) (BRASIL, 2012t). A divulgação de código malicioso é uma das maiores perturbações na *Internet*, prejudicando o seu bom funcionamento ao deteriorar o seu conteúdo e os computadores a ela conectados. Tais Códigos se propagam pela rede e atingem imensas proporções, sendo geralmente impossível detectar o número de prejudicados. Descobrimo-nos a origem de um vírus que se disseminou na rede, nada mais coerente do que processar o agente pela prática de crime contra a incolumidade pública. Esta parece ser uma conduta penalmente relevante a título de tipificação de cibercrimes, porque o dispositivo que melhor se enquadra na prática em questão é o do artigo 265 do Código Penal, que prevê: "atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa" (BRASIL, 2012d). No caso, sem dúvidas a *Internet* pode ser considerada um outro serviço de utilidade pública, mas a falta de especificidade do tipo pode gerar uma interpretação restritiva por parte dos magistrados, deixando uma conduta penalmente relevante desprotegida nesta esfera.

Parecia ser esta a *ratio legis* da proposta de alteração na redação do referido dispositivo, bem como do que o sucede, incluindo a informação e a telecomunicação, isto é, a questão informática como objetos jurídicos protegidos (BRASIL, 2012t). Então, se o redator do PL n. 84/1999 propôs novas redações aos artigos 265 e 266, que tratam dos crimes contra a incolumidade pública, inserindo expressamente a proteção da *Internet* como abrangida pelos tipos, qual a necessidade de outro tipo específico sobre a inserção de códigos maliciosos?

Este outro tipo específico, ao que consta, serviria apenas para proteger a divulgação de Código malicioso que tome pequenas proporções, ou seja, voltava-se para um computador específico ou para uma empresa específica ou para alguma rede fechada específica. Retirada a nota de especificidade, o crime já seria contra a incolumidade pública. É preciso, ainda, considerar: a) geralmente, quando se divulga um Código malicioso na *Web* se busca atingir o maior número possível de pessoas; b) a simples divulgação de um Código malicioso na rede

mundial de computadores, ainda que retido em estágio inicial, já caracterizaria um crime contra a incolumidade pública, que não exige dano concreto.

Ainda que se adote uma postura avessa ao direito penal mínimo, não fazia sentido que a tipificação proposta para o artigo 163-A, que por exclusão envolveria a divulgação de Código malicioso em menores proporções para causar danos especificamente a alguém ou a alguma instituição, não exigindo a efetiva concretização do dano para a consumação. Não parecia ser o que pensava o legislador, que propunha qualificar a nova modalidade de crime de dano caso o dano se verificasse (artigo 163-A, §1º) (BRASIL, 2012t). Caso aprovado o dispositivo, haveria um crime de dano qualificado pelo dano no ordenamento jurídico brasileiro, caracterizando verdadeiro *bis in idem*.

A proposta de redação do artigo 163-A, que criou outra espécie de crime de dano, evidencia outra nota do PL n. 84/1999, qual seja o rigor nas propostas de pena privativa de liberdade, evidenciando uma falta de proporcionalidade intensa. Enquanto o Código Penal prevê a pena de 1 mês a 6 meses de detenção ou multa para o dano comum do artigo 163, aumentando-a para 6 meses a 3 anos de detenção e multa na modalidade qualificada do parágrafo único do artigo 163 (BRASIL, 2012d), o PL n. 84/1999 pretendia que o dano decorrente da divulgação de Código malicioso (que como visto exclui a divulgação desta natureza que caracterize crime contra a incolumidade pública) receba pena de 1 a 3 anos de reclusão e multa caso o dano não se concretizasse, e de 2 a 4 anos de reclusão e multa caso se verificasse (BRASIL, 2012t).

O resultado de tantas falhas não poderia ser outro, isto é, foram aprovados apenas alguns dispositivos do projeto, os quais possuíam pouca repercussão dentro da proposta como um todo: alteração do artigo 298 do Código Penal para considerar o cartão de débito ou crédito como documento particular; acréscimo de dois incisos ao crime de favor ao inimigo do artigo 356 do Código Penal Militar; dever de estruturação de setores e equipes especializadas para os órgãos de polícia judiciária, conforme artigo 4º; alteração do artigo 20, §3º da Lei n. 7.716/89 (preconceito de raça e cor) para possibilitar que o juiz determine "a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio" (BRASIL, 2012t). Evidente que o projeto de lei cuja postura não condizia com os anseios dos internautas foi objeto de rejeição mesmo no Legislativo, considerada a grande pressão vinda da ordem social autônoma do ciberespaço para tanto.

b) *Lei n. 11.829/2008 e PL n. 2.793/2011*: como visto no início do tópico a respeito do dever do Estado, os fundamentos para a atuação estatal são segurança, justiça e conservação. Desta forma, a ingerência estatal se encontra limitada por determinados

fundamentos, não podendo se dar em todas as esferas da vida do indivíduo. Neste sentido, toda atividade normativa deve ser muito bem pensada, de forma a não violar tais pilares.

Quando a questão envolve a criminalização de condutas praticadas na *Internet* há alguns aspectos que não podem ser desconsiderados: quando a rede mundial de computadores não seja apenas um novo meio de prática de crimes previstos na legislação, não é possível utilizar a analogia, razão pela qual na esfera criminal a conduta - ainda que gravosa - não será punida; contudo, o excesso de criminalização é uma tendência que viola os pilares para a atuação estatal, devendo predominar a intervenção mínima, principalmente num contexto em que o exercício das liberdades é maximizado.

A respeito da atuação normativa no direito penal para atitudes praticadas por meio da rede mundial de computadores, entendem Furlaneto Neto, Santos e Gimenes (2012, p. 171):

[...] a rede mundial de computadores é um instrumento para a perpetração de várias condutas tipificadas enquanto crime pelo Código Penal, motivo pelo qual não há necessidade de interferência do poder legiferante para modificar totalmente a lei penal, salvo em casos lacunosos, em que condutas cometidas por meio da *Internet*, eminentemente danosas, ainda são consideradas fatos atípicos, como, por exemplo, a disseminação de vírus e a subtração de dados.

Com efeito, não é necessária a criação de um Código Penal específico para a *Internet*, revendo todas as condutas que na verdade já estão tipificadas mas adquiriram um novo meio para a execução. Por exemplo, não foi preciso alterar o tipo penal do homicídio apenas porque a pólvora foi inventada. O PL n. 84/1999 tratava a informatização como algo tão revolucionário que exigiria uma intensa intervenção estatal tipificando de forma severa toda e qualquer conduta que atingisse algum bem jurídico praticada pela rede. No entanto, não é este o tratamento correto.

Não se nega que por vezes surgirão situações em que a intervenção do direito penal nos conflitos na *Internet* será necessária e a legislação existente se mostrará insuficiente, mas estas deverão ser estudadas com atenção de modo a não criar aberrações jurídicas. Embora sejam inúmeras as propostas legislativas para tipificar crimes eletrônicos, apenas algumas foram aprovadas e parecem corresponder a uma necessidade decorrente das novas tecnologias, por atingirem bens penalmente relevantes e não encontrarem correspondente na legislação vigente.

Uma delas é a Lei n. 11.829/2008, que alterou o "Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na *Internet*" (BRASIL, 2012u).

Antes, pelo artigo 240, somente produzir ou dirigir cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente era crime, mas a nova lei incluiu os verbos reproduzir, filmar ou registrar, adequando a ação aos novos recursos tecnológicos (destaque para o caráter amplo do último verbo sem que se perca em especificidade, o que mantém a segurança jurídica mas não desatualiza a lei com a evolução da tecnologia); pelo artigo 241, na redação originária do Estatuto, somente fotografar e publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente eram condutas puníveis, enquanto vender ou expor à venda somente passaram a o ser, respectivamente, em 2003 e 2008. Isso sem falar nos artigos 241-A a 241-E, inseridos no Estatuto, tornando crime inclusive a conduta de armazenamento do material exploratório infanto-juvenil. (BRASIL, 2012u).

A preservação da imagem e da honra de crianças e adolescentes liga-se aos pilares da segurança, protegendo direitos constitucionalmente eleitos, e da conservação dos laços sociais, garantindo a punição de condutas gravemente reprováveis. Sem a legislação específica, não seria crime a conduta de armazenar conteúdo de exploração sexual de crianças e adolescentes, entre outras atitudes graves para as quais a punição exclusivamente na esfera cível não se mostraria suficiente.

A lei foi bem recepcionada pelos internautas, que criaram uma rede de colaboração para a atuação dos agentes governamentais. Por exemplo, o *site* da Organização Não Governamental Safernet recebe inúmeras denúncias dos internautas a respeito de pornografia infantil (SAFERNET, 2012), visando a aplicação da legislação vigente.

Parece ser também esta a tendência para o Projeto de Lei n. 2.793/2011, apelidado de Lei Carolina Dieckman, atriz que no ano de 2012 foi vitimada pela invasão de seu computador e extração de fotos íntimas, que foi sancionada e se tornou a Lei n. 12.737/2012 (BRASIL, 2012v). No caso, a punição dos internautas somente foi possível porque foi pedido dinheiro da atriz em troca da não divulgação das fotos, tipificando o crime de extorsão (artigo 158 do Código Penal) (BRASIL, 2012d).

Pelo projeto aprovado no Legislativo, é considerado crime invadir o computador, celular, *tablet* e qualquer outro equipamento de terceiros, conectados ou não à *Internet*, para obter, destruir ou divulgar dados sem a autorização do dono do aparelho. As penas para o crime variam de multa a até um ano de prisão. Além disso, serão punidos aqueles que produzirem programas de computador para permitir a invasão dos equipamentos. Se a invasão do equipamento resultar em divulgação de dados privados, segredos comerciais e industriais e informações sigilosas, a pena aumenta para seis meses a dois anos de prisão, além da multa. Caso o crime seja cometido contra autoridades como presidente e vice do Executivo,

Legislativo e Judiciário, governadores, prefeitos ou presidentes e diretores de órgãos públicos, a pena aumenta pela metade. (BRASIL, 2012w).

A invasão de sistemas para obter determinadas informações, destruí-las ou divulgá-las não encontrava correspondente na legislação penal vigente, de forma que os computadores não eram apenas *modus operandi* de uma conduta punível. Surpreende que a legislação aprovada num momento de clamor social delimite com qualidade - sem ampliar em excesso o tipo nem criar óbices para punição caso a tecnologia evolua - estas condutas que não se encontravam abrangidas pela lei penal, embora devessem. Afinal, a intimidade é um direito consagrado internacional e constitucionalmente, devendo ser regulamentada quando for preciso resguardar os fundamentos da segurança e da conservação dos laços sociais.

Provavelmente, a legislação quando sancionada será bem recepcionada na ordem social autônoma do ciberespaço, garantindo sua efetividade mediante a denúncia daqueles que a violem pelos próprios integrantes do grupo atingido. Nos dois casos estudados foi protegido um bem jurídico penalmente relevante que não encontrava proteção neste âmbito devido à falta de correspondência com os tipos legais existentes. Além disso, não se percebe uma indevida ingerência no caráter liberalista e democrático na rede mundial porque são respeitados os fundamentos para a atuação normativa estatal, permitindo que ela mantenha seu funcionamento natural ao mesmo tempo em que ganhe em segurança jurídica.

c) *PL n. 2.126/2011 e PL n. 4.060/2012*: por aceitar a flexibilização sem sofrer prejuízos com maior facilidade, a questão da regulamentação da área cível na *Internet* merece uma atenção diferenciada. Afinal, a necessidade de uma legislação específica tende a ser menor, de forma que a maioria das tentativas de disciplina corre o risco de consolidar uma indevida ingerência estatal, prejudicando os ditames democráticos da rede. Neste sentido, toma-se como premissa que a regra deverá ser o predomínio de cláusulas gerais e do exercício de ponderação de direitos fundamentais, por razões já estudadas. Contudo, haverá casos em que a ausência de regramento específico proporcionará uma violação de direitos humanos fundamentais consagrados, sem fornecer benefício algum.

No tópico 2.4.6 foi exposto como um exercício de compatibilidade constitucional permitiria que a questão do tratamento de registros na *Internet* não dependesse da elaboração de uma legislação específica. Não é o que tem se verificado na prática, predominando a guarda irrestrita e desinformada de registros. No Brasil, o que mais se aproxima de um regramento específico da guarda de registros são as *Práticas de Segurança para Administradores de Redes Internet*, do Comitê Gestor da *Internet*, que orientam: manutenção dos *logs* arquivados *off-line*, em CD-R ou DVD-R, assegurando a segurança e não

consumindo espaço em excesso; guarda dos registros de conexão por ao menos 3 anos; guarda dos registros de aplicação por no mínimo 6 meses (BRASIL, 2012j). Tal diretiva não é coativa, mas tem sido cumprida de uma maneira geral porque há o direcionamento jurisprudencial que responsabiliza as empresas que não fornecem os dados a respeito de atos ilícitos praticados na rede, conforme se verá no tópico 4.2.3.5. Assim, os servidores, reconhecendo a possibilidade de condenação cível, passam a ter uma preocupação maior com a guarda dos dados.

No entanto, a ausência de coercitividade tem gerado algumas consequências: a) se quiserem, as empresas podem guardar os registros por tempo superior ou inferior ao previsto pelo Comitê Gestor da *Internet*, bem como tratar todo e qualquer conteúdo que por ela passe, o que gera insegurança para o internauta a respeito do que, por quem e por quanto tempo é guardado, além de perda de privacidade diante da ausência de um prazo para que os registros sejam esquecidos; b) se os servidores respeitarem a diretiva do Comitê Gestor da *Internet*, ainda assim, podem se sujeitar a uma condenação judicial se o Poder Judiciário entender que o prazo de guarda deveria ser diverso, de modo que nem mesmo eles possuem uma segurança a respeito de seu dever de atuação. Dizia-se que regulamentar a matéria geraria um prejuízo à privacidade dos usuários, mas não há maior perda de privacidade do que não ter garantidos o direito ao esquecimento e à informação. Afirmava-se que haveria prejuízo à liberdade, mas como se estudou largamente no presente, não é devida a pretensão de uma libertinagem na rede mundial de computadores, pois o exercício de todo e qualquer direito se encontra limitado pelos demais.

Enfim, num contexto em que a ausência de legislação específica tem se mostrado prejudicial e estando em jogo direitos diretamente compatíveis com outros assegurados na Constituição Federal, sendo assim estáticos, a necessidade de sua criação se mostra premente.

O direito eletrônico pela própria natureza dinâmica da tecnologia sob a qual se insere tenderia à autodisciplina, porém há dentre os aspectos a ele relativos alguns que guardam exata correspondência à direitos previamente postos, ora de qualidade estática - que se antes regulados na sociedade civil, por ocasião da necessidade deste para a manutenção de algum dos pilares legitimadores da atuação normativa, não haveriam de ser imunes à tutela estatal apenas por encontrarem-se adstritos a um novo veículo, qual seja a *Internet*. (GARCIA; SILVA, 2012, p. 20).

Justificada a necessidade de regulamentação neste caso específico, destaca-se a proposta legislativa a respeito que se encontra mais próxima de aprovação, qual seja o Projeto de Lei n. 2.126/2011, denominado Marco Civil para a *Internet*, muito elogiado em alguns aspectos mas que peca no tratamento da questão em estudo.

Primeiro, quando sob o aspecto do conteúdo dos registros guardados desrespeita a compatibilidade constitucional. Destacam-se os artigos 12 e 13 do projeto:

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 facultada a guarda dos registros de acesso a estas, 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 que os registros de acesso a aplicações de *Internet* sejam guardados, observados o procedimento e os prazos previstos nos §§ 3º e 4º do art. 11. (BRASIL, 2012x).

Esclarecendo alguns pontos do artigo, considerados os sujeitos responsáveis (servidores) pela guarda dos registros: *provedor, que é o servidor de acesso*, será o responsável pela guarda dos registros de conexão, posto que provisões de conexão são atividades de fornecimento acesso à *Internet*, de maneira onerosa ou gratuita, cabendo a ele guardar registros de conexão, inerentes à camada de rede, como data e horário do acesso, bem como endereço de IP utilizado, não podendo guardar os registros de aplicação, que se referem ao conteúdo acessado na rede; *mantenedor, que é o servidor de aplicativo*, terá a *faculdade* de guardar *todas* as atividades praticadas pelos internautas em seu endereço eletrônico, desde *e-mails* e conversas privadas até comentários publicados e páginas criadas/acessadas, envolvendo não só o acesso ao aplicativo mas principalmente o conteúdo postado/recebido.

Nota-se que o PL n. 2.126/11 não faz qualquer distinção a respeito do conteúdo dos registros da *Internet*, não importando se eles são públicos ou privados, o que é incorreto em termos de compatibilidade constitucional.

Em suma, eventual legislação que tutele o armazenamento de registros da *Internet* deverá: a) obrigar a guarda dos registros de conexão e de aplicação que se refiram a conteúdos acessíveis ao público; b) obrigar a guarda dos registros bancários pelas instituições mantenedoras de sistema *net banking*, respeitado o sigilo bancário; c) impedir a guarda dos registros de aplicações privados, salvo em caso de prévia determinação judicial, obedecendo as diretivas de sigilo constitucionais ao equiparar o *e-mail* a uma carta e o bate-papo dialogado ou digitado a uma comunicação telefônica ou de dados respectivamente. (GARCIA; SILVA, 2012, p. 28).

Depois, ainda a respeito dos dispositivos citados, nota-se que indevidamente se restringe a proteção conferida ao internauta quanto à responsabilização de empresas que se recusem a fornecer registros sobre um ato ilícito do qual tenha sido vítima, acobertando-as na manta da facultatividade. No atual contexto, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre internauta e mantenedor de aplicativo da rede tem gerado a consequência da responsabilização civil em caso de omissão para o fornecimento de informações. Contudo, se estabelecida a faculdade somente será possível condenar uma mantenedora nestes moldes se houver prévia e específica determinação judicial pela guarda.

Não obstante, a proposta contraria princípios estabelecidos pelo próprio PL n. 2.126/11, nomeadamente no que tange à responsabilização dos agentes:

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. (BRASIL, 2012x).

Assim, tem-se uma proposta que limita os servidores envolvidos na guarda dos registros, inclusive efetuando alguma observação técnica do funcionamento da rede ao dividir as categorias de dados da camada de rede em relação aos da camada de aplicação, além de delimitar um prazo de guarda cogente; mas que peca ao diminuir a esfera de proteção que tem se consolidado no Judiciário ao facultar a guarda dos registros de aplicação, eximindo de responsabilidade o mantenedor que não exerce esta faculdade. Conciliando com o primeiro problema estudado, evidente que se o conteúdo da aplicação for privado não é correto o seu armazenamento, mas isto não impede que se guarde a realização da atividade.

Por fim, o projeto erra quando indevidamente amplia o sigilo das informações para dados não sensíveis. No capítulo dos direitos e garantias dos usuários, em específico no artigo 7º, II, prevê a inviolabilidade e o sigilo das comunicações pela *Internet*, salvo por ordem judicial, nas hipóteses em que a lei estabelecer para fins de investigação ou instrução criminal (BRASIL, 2012x). Vale frisar que o sigilo das comunicações é tutelado pelo artigo 5º, XII da Constituição Federal e cabe à lei infraconstitucional discipliná-la como, por exemplo, o faz atualmente a Lei n. 9.296/1996, que é alvo de discussão em sede dos debates legislativos por conta da reforma do Código de Processo Penal. O artigo 10, § 1º do PL n. 2.126/2011 limita o

provedor responsável pela guarda de registros a somente fornecer informações que identificam o usuário mediante ordem judicial (BRASIL, 2012x). Contudo,

o servidor detém não só os registros de conexão e/ou acesso (conteúdo), mas, também, os dados cadastrais do internauta que é seu cliente, sendo que ambas as informações podem auxiliar na identificação da pessoa indigitada. Eventualmente, os órgãos encarregados da persecução criminal já dispõem do conteúdo, como, por exemplo, no caso de um *e-mail* injurioso, bastando, apenas, obter informações sobre os dados cadastrais do cliente que fez uso do IP na data e horário especificados. O projeto evidencia que a intenção do legislador é a de vincular dados pessoais enquanto sigilosos, tanto quanto os dados de conexão.

A análise do artigo 5º, XII da Constituição Federal permite concluir que no ordenamento brasileiro se tutela a inviolabilidade dos meios de comunicação - em cujo contexto se insere a comunicação de dados ou, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Lei n. 9.296/1996, o fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática. Nessa linha de raciocínio, os dados cadastrais do cliente do provedor não estão na esfera de proteção constitucional.

Em que pese se reconhecer, atualmente, que informações como nome, números de RG e CPF, bem como o endereço do cliente do provedor de *Internet* (dados pessoais) não são dados sensíveis, isto é, não se tratam de conteúdo de comunicação de dados (pacotes) ou fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, torna-se claro que estes dados merecem alguma proteção mas, talvez, não tão abrangente quanto a que a Constituição prevê para as comunicações, em que se exige autorização judicial para a quebra do sigilo, sob pena de dificultar em excesso a apuração da autoria de possíveis ilícitos.

Afinal, sigilosas, perante a lei, são as informações pertinentes ao conteúdo acessado pelo usuário da rede, ou seja, quais sites acessou, por quanto tempo, a natureza das informações veiculadas pelos domínios acessados, o número do IP utilizado pelo internauta para o acesso, enfim, todos os *registros de conexão e aplicação* (!). (GARCIA; FURLANETO NETO, 2012).

Nem tudo no famigerado Marco Civil para *Internet* são erros. Há acertos na parte em que são estabelecidos princípios norteadores para a atuação estatal voltados para a menor ingerência possível, fundamentos, objetivos, direitos ao internauta, entre outras questões (BRASIL, 2012x). O problema fica para o conteúdo do projeto que se refere a uma temática específica e polêmica que circunda a rede e tem exigido uma atuação específica.

Não obstante, o projeto em questão se esquivava de conferir um tratamento próprio para outra matéria, qual seja a dos bancos de dados pessoais. Limita-se, assim, a estabelecer, em seu artigo 3º, inciso III, enquanto princípio norteador, a "proteção aos dados pessoais, na forma da lei;" (BRASIL, 2012x). Em situação um tanto quanto esdrúxula, uma legislação infraconstitucional que visa disciplinar direitos civis do internauta se recusa a regulamentar uma polêmica questão incorporada nesta seara. Para tanto, tramita no Congresso Nacional outro Projeto de Lei, de n. 4.060/2012.

Referido projeto considera um direito de toda pessoa a proteção dos dados que lhe dizem respeito (artigo 2º), dizendo a quais bancos de dados a legislação se aplica (artigo 6º), prevendo o tratamento com lealdade e boa-fé (artigo 9º) (BRASIL, 2012y), enquanto o artigo 7º define algumas nomenclaturas:

- I - dado pessoal: qualquer informação que permita a identificação exata e precisa de uma pessoa determinada;
- II - tratamento de dados: toda operação ou conjunto de operações, realizadas com ou sem o auxílio de meios automatizados, que permita o armazenamento, ordenamento, conservação, atualização, comparação, avaliação, organização, seleção, extração de dados pessoais;
- III - banco de dados: todo conjunto estruturado e organizado de dados pessoais, coletados e armazenado em um ou vários locais, em meio eletrônico ou não;
- IV - dados sensíveis: informações relativas à origem social e étnica, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas do titular;
- V - responsável: a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compita, na qualidade de possuidora de arquivo, registro, base ou banco de dados, a tomada de decisões referentes à realização de tratamento de dados pessoais;
- VI - interconexão: transferência de dados pessoais de um banco de dados a outro;
- VII - bloqueio: suspensão temporária ou permanente de qualquer operação de tratamento realizada sobre dados pessoais específicos ou sobre a integralidade de um ou mais bancos de dados. (BRASIL, 2012y).

Para o tratamento de dados pessoais sensíveis, será exigida autorização do legítimo titular (artigo 12); a respeito da interconexão, perceptível na troca de bancos de dados pessoais, é admitida respeitados os ditames da lealdade e boa-fé e mediante o atendimento do interesse dos legítimos titulares (artigos 13 e 14); prevê direitos aos titulares de bloqueio e de informação (artigos 19 e 20); aplicam-se as sanções do Código de Defesa do Consumidor (artigos 21 a 23) (BRASIL, 2012x). Ainda, evidencia-se a proximidade com a tutela do consumidor pelo teor do artigo 10:

a disciplina jurídica do tratamento de dados pessoais tem como objetivos fundamentais a proteção dos direitos básicos do consumidor, a garantia da ordem econômica e a manutenção da livre iniciativa e da liberdade de comunicação, de modo que em seu âmbito deverão ser observados os princípios estabelecidos nesta lei (BRASIL, 2012y).

Na verdade, esta referência à tutela consumerista se justifica porque atualmente, em termos de legislação infraconstitucional, toda referência à proteção de dados pessoais se encontra disciplinada com as normas desta natureza.

A Lei n. 8.078/1990 tutela o banco de dados pessoais para fins consumeristas, tanto do consumidor (artigo 43), quanto dos fornecedores de produtos ou serviços (artigo 44). No

que se refere ao banco de dados pessoais do consumidor, estipula que este deve ser comunicado expressamente sobre a abertura do cadastro quando não o solicitar, estipulando o banco de dados enquanto entidade de caráter público. (BRASIL, 2012l).

Recentemente, a Lei n. 12.414/2011, criou o cadastro positivo para fins de formação de histórico de créditos. A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada, mas, a partir da autorização, as fontes estão autorizadas a abastecer o banco de dados de informações, vedando-se a inserção de dados sensíveis, assim considerados aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas. (BRASIL, 2012z). Respeitadas as limitações impostas por esta legislação, muito específica em suas finalidades, dificilmente será possível utilizá-la contra os interesses do consumidor, por exemplo, para o *marketing* (DONEDA, 2012), mas de qualquer modo trata-se de uma disciplina que se refere de maneira específica a bancos de dados pessoais, ainda que somente consumeristas.

De acordo com Doneda (2012), a legislação consumerista, notadamente o Código de Defesa do Consumidor, é aplicada porque desde as origens é a única que disciplina a proteção dos dados pessoais, sendo então sempre utilizada num raciocínio analógico, embora seja insuficiente para abordar todos os dados pessoais que mereçam proteção. Com efeito, entende-se que justamente tal raciocínio analógico cria uma tendência, acrescida dos reflexos do indevido tratamento dos registros, pela publicização das informações pessoais.

Por sua vez, a previsão constitucional é pouco definida, o que dificulta mesmo um exercício de ponderação. Sob a ótica dos dados pessoais, a Constituição Federal brasileira o tutela sob o manto da privacidade e do *habeas data*, enquanto remédio para assegurar o conhecimento e retificação de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes em registros de bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (BRASIL, 2012a). Neste sentido, questiona-se se o direito de proteção aos dados pessoais é estático o suficiente para que uma previsão legal específica não prejudique o dinamismo da *Internet*.

As qualidades dinâmica ou estática devem ser analisadas do ponto de vista da necessidade de regulamentação, tendo sempre como base que deve-se apenas regradar aquilo que quando da ausência de regras acabaria por criar dano aos direitos fundamentais de outrem, sendo assim esta passa obrigatoriamente por um crivo de ofensividade da conduta, e apenas as condutas que possam ter em si a possibilidade de gerar dano são passíveis de normatização com o fim último de evitar que tal dano à direito posto seja perpetrado, ou que em caso de ocorrência não seja passível de restituição ou compensação.

As qualidades são consideradas estáticas quando propõe-se a assegurar direitos já previamente consolidados e que o Estado tem como objetivo garantir e promover por fazerem parte daqueles constitucionalmente eleitos, enquanto as qualidades dinâmicas tem lugar quanto à inovação criando ou estendendo áreas que caso fossem previamente disciplinadas engessariam o desenvolvimento do sistema em que inserem-se, causando portanto um entrave a novas formas de leitura de direitos os quais viriam a ser posteriormente sedimentados. (GARCIA; SILVA, 2012, p. 19).

De modo específico, pelo artigo 5º da Constituição Federal tem-se no inciso XII a garantia do sigilo das comunicações de dados e no inciso LXXII a proteção do *habeas data*; sem falar nas previsões genéricas a respeito do direito à privacidade - do qual decorre o direito de proteção aos dados - tanto constitucional quanto internacionalmente. Neste sentido, a proteção de dados é um direito estático, embora os problemas que cerquem a questão possam sofrer intensas mudanças com o passar dos anos. Logo, uma regulamentação específica, ao mesmo tempo em que é recomendável, deve adotar a fórmula de cláusulas gerais. Ainda, expõe Pérez Luño (1992, p. 245) no sentido de que mesmo uma disciplina legal específica pode ser insuficiente sem uma mudança na postura individual, de modo que mesmo nestes casos a autodisciplina se mostrará relevante:

nas atuais sociedades avançadas a proteção de dados pessoais tende, em definitivo, a garantir o equilíbrio de poderes e situações que são condições indispensáveis para o correto funcionamento de uma comunidade democrática de cidadãos livres e iguais. Para tanto é preciso um adequado ordenamento jurídico da informática, capaz de harmonizar as exigências da informação próprias de um Estado avançado com as garantias dos cidadãos. Mas estas normas de direito informático exigem, para sua plena eficácia, impulsionar a consciência do compromisso cívico deles até uma experiência tangível na vida cotidiana. (tradução nossa).¹⁰²

Logo, a questão da disciplina do tratamento de registros pode ser mais específica do que a do tratamento dos dados pessoais por ser mais estática e encontrar mais parâmetros constitucionais e infraconstitucionais, fazendo *jus* a um menor número de cláusulas gerais. De maneira genérica, somente se justifica uma atuação normativa muito específica, no âmbito cível, quando a situação conflituosa já estiver suficientemente compreendida jurídica e tecnicamente, devendo se priorizar fora destes casos a utilização do raciocínio hermenêutico constitucional e da elaboração de cláusulas gerais.

¹⁰² No original: “En las actuales sociedades avanzadas la protección de datos personales tiende, en definitiva, a garantizar el equilibrio de poderes y situaciones que es condición indispensable para el correcto funcionamiento de una comunidad democrática de ciudadanos libres e iguales. Para su logro se precisa un adecuado ordenamiento jurídico de la informática, capaz de armonizar las exigencias de información propias de un estado avanzado con las garantías de los ciudadanos. Pero estas normas de Derecho informático exigen, para su plena eficacia, impulsar la conciencia y el compromiso cívico de hacerlas una experiencia tangible en la vida cotidiana”.

Expõem Abelson, Ledeen e Lewis (2008, p. 257):

mudanças tecnológicas acontecem mais rápido do que as mudanças legais. Quando a mudança de tecnologia alarma a população, os legisladores responder com leis excessivamente amplas. Enquanto pelos desafios de tempo elas têm trabalhado seu caminho através dos tribunais, um ciclo de mudanças tecnológicas tem acontecido, e os batimentos cardíacos lentos das bombas de legislar origina outro estatuto mal redigido. (tradução nossa)¹⁰³.

Portanto, a atividade normativa estatal deve se dar de maneira a permitir que a ordem organizada do Direito coexista de maneira salutar com a ordem social autônoma do ciberespaço, uma vez que ambas se regem por ditames éticos, respeitado para tanto o caráter flexível normativo compatível com o dinamismo da rede.

4.2.3 Poder Judiciário: decisões baseadas na nova hermenêutica constitucional

Como se pôde perceber na introdução ao tópico anterior, não existe poder ilimitado, de onde se quebra a ideia de legislador supremo. Assim, a atividade normativa se sujeita a limitações, sendo que em certos casos - principalmente os envolvidos no contexto de um dinamismo e da formação de uma ordem social autônoma coexistente - é inclusive recomendável que ela não se dê, aceitando como supletivo para conflitos que devam ser resolvidos pelo Estado a interferência do Poder Judiciário, utilizando a interpretação de direitos fundamentais e de cláusulas gerais.

Não há assim necessidade lógica de que um poder supremo deva ser onipotente. De fato, em qualquer lugar que esteja o poder supremo, nomeadamente naquela opinião que produz felicidade, será um poder limitado, embora isto por sua vez limite o poder de todos legisladores. Este poder supremo é assim um poder negativo, mas como um poder de fidelidade de retenção na fonte que limita toda a energia positiva. E numa sociedade livre na qual todo o poder repousa na opinião, este poder supremo será um poder que nada determina diretamente e ainda controla todo o poder positivo pela tolerância de apenas certas formas de exercício deste poder. (tradução nossa)¹⁰⁴ (HAYEK, 1998, p. 93).

¹⁰³ No original: "Technological changes happen faster than legal changes. When a technology shift alarms the populace, legislators respond with overly broad laws. By the time challenges have worked their way through the courts, another cycle of technology changes has happened, and the slow heartbeat of lawmaking pumps out another poorly drafted statute".

¹⁰⁴ No original: "There is thus no logical necessity that an ultimate power must be omnipotent. In fact, what everywhere is the ultimate power, namely that opinion which produces allegiance, will be a limited power, although it in turn limits the power of all legislators. This ultimate power is thus a negative power, but as a power of withholding allegiance it limits all positive power. And in a free society in which all power rests on opinion, this ultimate power will be a power which determines nothing directly yet controls all positive power by tolerating only certain kinds of exercise of that power".

Justamente, na mescla entre a atuação do Poder Legislativo com a do Poder Judiciário se vislumbra a possibilidade de manutenção do Estado Democrático de Direito, impedindo que uma ordem social autônoma coexistente se torne anárquica, até mesmo porque ela também deve se fundar em ditames éticos. Conforme Hayek (2008, p. 98), "as regras que o juiz impõe são de interesse para o legislador que lhe enviou apenas na medida em que preservem a paz e assegurem que o fluxo de esforços das pessoas continuará intacto" (tradução nossa)¹⁰⁵ (HAYEK, 1998, p. 98). Com efeito, se respeitará o dinamismo esperado desta convivência com a adoção de uma flexibilização normativa.

Por conta da exigência de dinamismo e flexibilização, dentre os poderes, o Judiciário é o que melhor coexiste com ordens espontâneas. Afinal, o legislativo somente respeitará a exigência da flexibilização se primar pela elaboração de cláusulas gerais, algo que não é bem de seu hábito. Expõe Hayek (1998, p. 94-95):

o caráter distinto das regras as quais o juiz terá que aplicar, e precisará perseverar para articular e melhorar, melhor é entendido se nos lembramos que ele é chamado para corrigir as perturbações na ordem que não são feitas por ninguém (essa ordem) e que não cabe a ninguém dizer ao indivíduo como deve proceder. Na maioria dos casos nenhuma autoridade vai mesmo ter como saber quando a ação em disputa teve lugar e o que os indivíduos fizeram ou porque. O juiz é, neste sentido uma instituição quanto à ordem espontânea. Ele irá sempre achar a ordem existente como um atributo de um processo em curso no qual os indivíduos podem perseguir com sucesso seus planos porque eles podem formular expectativas sobre as ações que seus concidadãos, que tem uma boa chance de estarem corretas. Para apreciar o significado disso é necessário nos libertarmos inteiramente da concepção errônea que é a sociedade quem primeiro dita regras para si mesma. (tradução nossa)¹⁰⁶.

Além disso, a morosidade do Poder legislativo brasileiro merece consideração, algo que torna a adequação a contextos dotados de alto dinamismo muito difícil. No caso da *Internet*, novas situações de conflito surgem diariamente, de modo que um sistema fechado e atualizado beira a ilusão. Nesta linha, entendem Bastos e Meyer-Pflug (2007, p. 157):

[...] o próprio processo legislativo - e sua morosidade - acaba por se tornar um impasse, posto que não se apresenta suficientemente célere para atender

¹⁰⁵ No original: "The rules which the judge enforces are of interest to the ruler who has sent him only so far as they preserve peace and assure that the flow of efforts of the people will continue undisturbed".

¹⁰⁶ No original: "The distinct character of the rules which the judge will have to apply, and must endeavour to articulate and improve, is best understood if we remember that he is called in to correct disturbances of an order that has not been made by anyone and does not rest on the individuals having been told what they must do. In most instances no authority will even have known at the time the disputed action took place what the individuals did or why they did it. The judge is in this sense an institution of a spontaneous order. He will always find such an order in existence as an attribute of an ongoing process in which the individuals are able successfully to pursue their plans because they can form expectations about the actions of their fellows which have a good chance of being met. To appreciate the significance of this it is necessary to free ourselves wholly from the erroneous conception that there can be first a society which then gives itself laws".

de imediato às novas exigências da sociedade, principalmente no tocante ao desenvolvimento tecnológico. Esta situação acaba por se tornar um substrato favorável ao desenvolvimento da interpretação como fator de atualização das normas constitucionais.

Não obstante, mesmo nos sistemas mais fechados, às vezes é preciso fugir da letra da lei, priorizando a realização da justiça no caso concreto. "Se o juiz aqui fosse confinado a decisões que possam ser logicamente deduzidas a partir do corpo de regras já articuladas, ele muitas vezes não seria capaz de decidir um caso de forma adequada para a função a que serve todo o sistema de regras" (tradução nossa)¹⁰⁷ (HAYEK, 1998, p. 116). Prossegue Hayek (1998, p. 117) sobre tal necessidade de fuga da letra da lei em certos casos:

parece-me que na maioria dos casos em que as decisões judiciais chocaram a opinião pública e foram contra as expectativas gerais, foi porque o juiz considerou que ele tinha que ficar com a letra escrita da lei e não se atreveu a afastar-se do resultado do silogismo em que apenas declarações explícitas da lei poderiam servir como premissas (tradução nossa)¹⁰⁸ (HAYEK, 1998, p. 117).

Ainda, destaca-se que as situações mais relevantes que despontam no Judiciário não são as silogistas, mas as que implicam num raciocínio principiológico flexível. Notadamente, a maioria das situações de conflito que despontam na *Internet* são incompatíveis com o raciocínio silogista, posto que inovadoras e dinâmicas. A respeito desta necessidade de dar importância ao raciocínio não silogista, aponta Hayek (1998, p. 100):

para o entendimento do processo pelo qual tal sistema de regras é desenvolvido pela jurisdição será mais instrutivo se considerarmos as situações nas quais um juiz não tem meramente que aplicar e articular práticas já firmemente estabelecidas, mas onde existirem genuínas dúvidas sobre o que é exigido por um costume estabelecido, e onde em consequência os litigantes possam se diferir em boa-fé. [...]
O juiz irá então frequentemente ter que resolver um quebra-cabeças para o qual pode realmente haver mais de uma solução, mas na maioria das instâncias será difícil o suficiente encontrar mesmo uma solução que se encaixe em todas as condições que devem ser satisfeitas. A tarefa do juiz serão assim uma tarefa intelectual, não uma em que suas emoções ou preferências pessoais, sua simpatia com a situação de um dos litigantes ou sua opinião sobre a importância do objetivo particular possam afetar sua decisão (tradução nossa)¹⁰⁹ (HAYEK, 1998, p. 100).

¹⁰⁷ No original: "If the judge here were confined to decisions which could be logically deduced from the body of already articulated rules, he would often not be able to decide a case in a manner appropriate to the function which the whole system of rules serves".

¹⁰⁸ No original: "It seems to me that in most instances in which judicial decisions have shocked public opinion and have run counter to general expectations, this was because the judge felt that he had to stick to the letter of the written law and dared not depart from the result of the syllogism in which only explicit statements of that law could serve as premises".

¹⁰⁹ No original: "For the understanding of the process by which such a system of rules is developed by jurisdiction it will be most instructive if we consider the situations in which a judge has not merely to apply and

Interpretar não significa ser parcial, muito pelo contrário. Aliás, "a autonomia judicial, assim, ao se limitar aos conteúdos normativos, às regras e aos princípios, evita que haja arbitrariedade" (MACHADO, 2012, p. 113). Cabe ao juiz examinar imparcialmente os elementos envolvidos na situação de conflito e, utilizando-se de princípios constitucionais e cláusulas gerais do ordenamento, encontrar uma solução adequada. Por isso, "a interpretação pode ser concebida como uma atividade criadora de Direito. Em toda esta atividade encontra-se presente a vontade humana, posto que cabe ao intérprete determinar o conteúdo exato das palavras e imputar um significado à norma jurídica" (BASTOS; MEYER-PFLUG, 2007, p. 155). Aliás, cabe ao magistrado adotar um comportamento ativo e limitado, de forma que sua decisão respeite os parâmetros oriundos da atividade jurisdicional, fazendo uso da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que sua decisão atinja o objetivo maior que é o da realização da justiça (CAMARGO; DOMINGOS, 2012, p. 73). A aceitação desta condição flexível da atividade judiciária somente foi possível a partir do desenvolvimento e da aceitação da nova hermenêutica constitucional.

Um grande avanço na teoria geral dos direitos fundamentais no pós-guerra foi, sem dúvida alguma, a consolidação definitiva da idéia [sic] segundo a qual as declarações de direitos fundamentais não são meras "declarações de princípios", mas contêm verdadeiras normas jurídicas que, pelo menos no que tange às liberdades públicas, conferem direitos subjetivos aos indivíduos.

Mas uma outra mudança de paradigma no âmbito dos direitos fundamentais, também ocorrida na segunda metade do século XX, teve importância ainda mais decisiva no desenvolvimento de novas dimensões para os direitos fundamentais: a superação da concepção de direitos fundamentais somente como direitos exigíveis em face do Estado, seja uma abstenção (liberdades públicas), seja uma prestação (sobretudo direitos sociais). Direitos fundamentais, nesse novo paradigma, desempenhariam uma função adicional: eles expressariam um sistema de valores, válido para todo o ordenamento jurídico. (SILVA, 2008, p. 76-77).

Se princípios possuem força normativa, aceita-se que a atividade de interpretação se baseie exclusivamente no conteúdo deles, como tem sido frequente no Judiciário brasileiro nos últimos anos. Logo, a Constituição Federal deixa de ser mero parâmetro para leitura das normas infraconstitucionais, mas se torne baluarte de normas diretamente aplicáveis, mesmo aos particulares considerada a teoria da eficácia irradiante.

articulate already firmly established practices, but where there exists genuine doubt about what is required by established custom, and where in consequence the litigants may differ in good faith. [...]

The judge will thus often have to solve a puzzle to which there may indeed be more than one solution, but in most instances it will be difficult enough to find even one solution which fits all the conditions it must satisfy. The judge's task will thus be an intellectual task, not one in which his emotions or personal preferences, his sympathy with the plight of one of the contestants or his opinion of the importance of the particular objective, may affect his decision".

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programatividade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais. (BONAVIDES, 2011, p. 286).

O principal aspecto positivo disto, ao menos no que tange à temática deste trabalho, consiste na possibilidade de constante atualização das normas aplicáveis na solução de conflitos diante da evolução tecnológica, sempre se voltando uma atenção especial à consolidação de ditames éticos presentes nos princípios fundamentais do Direito. Afinal, o caráter menos denso dos princípios normativos constitucionais facilita este exercício.

A cada época são necessárias diferentes interpretações ao ordenamento jurídico, pois apesar de o texto constitucional ser relativamente estático, o ser humano e a coexistência em sociedade são dinâmicos. A Constituição Brasileira de 1988, em todos estes anos de existência, tem seu texto e seu núcleo, salvo exceções, imutáveis, por isso a interpretação de suas entrelinhas deve ser contextualizada, cabendo esta difícil tarefa ao aplicador do Direito. Neste sentido, surge o fenômeno das mutações constitucionais, o qual mostra a dinamicidade das normas jurídicas. Através deste método são buscados novos sentidos de maneira informal (não prevista dentro das formalidades do texto constitucional). Estes novos sentidos sucedem-se através dos fatos históricos, da aplicação reiterada de certa decisão judicial ao caso concreto (jurisprudência) e das correntes doutrinárias formadas em torno de assunto de interesse coletivo. (CAMARGO; DOMINGOS, 2012, p. 73).

Tão dinâmico quanto as relações jurídico-sociais que se estabelecem no ciberespaço é o sistema constitucional. Logo, é de sua natureza não ser estático e não se encontrar parado numa determinada fase histórica, estando assim em constante adaptação, notadamente quando a evolução da técnica exigir que isto aconteça. Nesta linha, direitos estáticos poderão receber novos enfoques e direitos dinâmicos - cuja compreensão é sumária e pouco delimitada - poderão ser inicialmente interpretados para adquirirem paulatinamente a estaticidade.

A Constituição deve ser compreendida como um sistema normativo dinâmico. Portanto, não pode e nem deve ser concebida como um sistema fechado ou estático, posto que a constituição não se encontra apartada da realidade social que visa a regular. Pelo contrário, a constituição formal e a constituição material encontram-se entrelaçadas, de modo que a realidade fática penetra na realidade normativa, e vice-versa. Em outras palavras: a realidade fática e a normativa encontram-se em uma relação de reciprocidade. (BASTOS; MEYER-PFLUG, 2007, p. 150).

Vale lembrar que embora a Constituição Federal tenha se voltado inicialmente para a limitação da ingerência estatal, com o passar dos anos se entendeu que ela poderia ser

aplicada também às relações entre particulares, com alguma limitação face à autonomia privada. Assim, se a mediação legislativa se mostrar insuficiente, por exemplo, num conflito não imaginado que tenha decorrido da dinâmica da ordem social autônoma coexistente, cabe a aplicação direta de normas constitucionais.

Há, no entanto, diversas situações para as quais somente uma aplicação direta dos direitos fundamentais pode fornecer uma solução adequada. Essas situações são aquelas para as quais não há mediação legislativa ou que a atividade legislativa tenha se mostrado insuficiente. É na aplicação direta, portanto, que os problemas se tornam mais agudos, pois é nesses casos que os direitos fundamentais mais diretamente se chocam com a autonomia privada. (SILVA, 2008, p. 148)

Claro, não se trata de um sistema isento de falhas, posto que são muitos os fatores relevantes que merecem ser considerados quando se fala numa ordem social autônoma de caráter global como é o ciberespaço. Em certos casos, haverá dificuldade em aplicar o controle judicial na rede mundial de computadores, conforme Paesani (2006, p. 36):

a *Internet* foi programada para funcionar e distribuir informações de forma ilimitada. Em contrapartida, as autoridades judiciárias estão presas às normas e instituições do Estado e, portanto, a uma Nação e a um território limitado. Configura-se o conflito e a dificuldade de aplicar controles judiciais na rede e surge o problema da aplicação de regras.

Talvez justamente por isso que seja tão importante que a autodisciplina seja incentivada e estruturada sob ditames éticos, de forma que cada vez menos situações de conflito não resolvidas existam. Ainda assim, a punição por atos ilícitos que violem os ditames éticos da sociedade é necessária e tem sido frequente, gerando a formação de certas tendências jurisdicionais, as quais serão estudadas até o final deste capítulo.

4.2.3.1 Punição por cibercrimes e a questão do meio de execução

Uma das temáticas mais incidentes nos tribunais superiores brasileiros é a dos chamados cibercrimes ou crimes eletrônicos. Como abordado no tópico 4.2.2, há uma posição de parte do Legislativo brasileiro e da doutrina no sentido de que seria necessário criar um direito penal específico para os delitos praticados pela rede mundial de computadores. Ainda assim, tem predominado a necessidade de cautela ao criar leis específicas neste âmbito, uma vez que o Judiciário tem trabalhado bem com a legislação vigente tomando, em regra, a *Internet* como simples meio de execução para crimes já tipificados.

Num dos casos mais clássicos consistente na subtração de valores de contas correntes tem se pacificado que ocorre a prática do crime de furto mediante fraude:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. FRAUDE ELETRÔNICA NA *INTERNET*. TRANSFERÊNCIA DE VALORES DE CONTA-CORRENTE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CRIME DE FURTO MEDIANTE FRAUDE. 1. Configurado o delito de furto mediante fraude, a competência é do Juízo do lugar da consumação do delito de furto, local onde o bem é subtraído da vítima. Precedentes. 2. Inexiste informação nos autos de que a conduta ora tratada guarde relação com os fatos investigados perante a Seção Judiciária do Distrito Federal, o que, a princípio, revela a competência do Juízo do local da conta fraudada. 3. Conflito conhecido para determinar competente o suscitado, Juízo Federal da 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. (BRASIL, 2011a).

Num caso, o juiz federal havia entendido que no caso de movimentação fraudulenta em contas-correntes pela *Internet* o crime seria de estelionato, mas o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que resta caracterizado crime de furto mediante fraude (BRASIL, 2011b). Em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça a questão foi posta em julgamento, sempre se decidindo pela adequação ao tipo penal de furto mediante fraude (BRASIL, 2011c; BRASIL, 2008a; BRASIL, 2007b; BRASIL, 2008b).

Especificando os fundamentos deste entendimento, destaca-se:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SAQUE FRAUDULENTO EM CONTA CORRENTE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL POR MEIO DA *INTERNET*. ESTELIONATO AFASTADO. CONFIGURAÇÃO DE FURTO MEDIANTE FRAUDE. PRECEDENTES. MUDANÇA NA CAPITULAÇÃO DO FATO. DENÚNCIA AINDA NÃO OFERECIDA. POSSIBILIDADE. OCORRÊNCIA DA CONSUMAÇÃO NO LOCAL EM QUE SE SITUA A AGÊNCIA QUE ABRIGA A CONTA CORRENTE LESADA . 1. A fraude do furto não se confunde com a do estelionato, posto que, no primeiro, ela tem por escopo a redução da vigilância da vítima para que ela não compreenda estar sendo desapossada, enquanto que, no segundo, ela visa fazer a vítima incidir em erro, entregando o bem de forma espontânea ao agente. 2. Logo, o saque fraudulento em conta corrente por meio de *Internet* configura o delito de furto mediante fraude, mas não o de estelionato. 3. O crime de furto mediante fraude se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva*, isto é, quando o bem sai da esfera de disponibilidade da vítima, o que ocorreu no local em que se situa a agência bancária que abriga a conta corrente fraudulentamente atingida. Precedentes. 4. Se ainda não foi oferecida denúncia nos autos, não há que se falar em vinculação do Juiz à capitulação sugerida no inquérito policial. 5. Agravo Regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2008c).

A tipicidade dá o caráter punível e ressalta a relevância criminal da conduta, amoldando-se ao modelo previsto em lei, restando configurado o ilícito penal. Ela ocorre quando a ação apresenta as características objetivas e subjetivas do modelo abstratamente formulado em lei pelo legislador (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2012, p. 19). Percebe-se claramente que o enquadramento penal no tipo de furto mediante fraude foi feito

sem dificuldades, sendo tomada a rede mundial de computadores apenas como *modus operandi* para a usual conduta de furto prevista no Código Penal.

Aprofundando o aspecto da tipicidade na matéria, tem-se o seguinte acórdão:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSO PENAL. FRAUDE ELETRÔNICA NA *INTERNET*. TRANSFERÊNCIA DE NUMERÁRIO DE CONTA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. FURTO MEDIANTE FRAUDE QUE NÃO SE CONFUNDE COM ESTELIONATO. CONSUMAÇÃO. SUBTRAÇÃO DO BEM. APLICAÇÃO DO ART. 70 DO CPP. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARANAENSE. 1. O furto mediante fraude não se confunde com o estelionato. A distinção se faz primordialmente com a análise do elemento comum da fraude que, no *furto*, é utilizada pelo agente com o fim de *burlar a vigilância* da vítima que, *desatenta*, tem seu bem subtraído, sem que se aperceba; no *estelionato*, a *fraude* é usada como *meio de obter o consentimento* da vítima que, *iludida*, entrega voluntariamente o bem ao agente. 2. Hipótese em que o agente se valeu de fraude eletrônica para a retirada de mais de dois mil e quinhentos reais de conta bancária, por meio da *Internet Banking* da Caixa Econômica Federal, o que ocorreu, por certo, sem qualquer tipo de consentimento da vítima, o Banco. A fraude, de fato, foi usada para burlar o sistema de proteção e de vigilância do Banco sobre os valores mantidos sob sua guarda. Configuração do crime de *furto qualificado por fraude*, e não estelionato. 3. O dinheiro, bem de expressão máxima da idéia de *valor econômico*, hodiernamente, como se sabe, circula em boa parte no chamado mundo virtual da informática. Esses valores recebidos e transferidos por meio da manipulação de dados digitais não são tangíveis, mas nem por isso deixaram de ser *dinheiro*. O bem, ainda que de forma virtual, circula como qualquer outra *coisa*, com valor econômico evidente. De fato, a informação digital e o bem material correspondente estão intrínseca e inseparavelmente ligados, se confundem. Esses registros contidos em banco de dados não possuem existência autônoma, desvinculada do bem que representam, por isso são passíveis de movimentação, com a troca de titularidade. Assim, em consonância com a melhor doutrina, é possível o crime de furto por meio do sistema informático. 4. A consumação do crime de furto ocorre no momento em que o bem é subtraído da vítima, saindo de sua esfera de disponibilidade. No caso em apreço, o desapossamento que gerou o prejuízo, embora tenha se efetivado em sistema digital de dados, ocorreu em conta-corrente da Agência Campo Mourão/PR, que se localiza na cidade de mesmo nome. Aplicação do art. 70 do Código de Processo Penal. 5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal de Campo Mourão - SJ/PR. (BRASIL, 2007c).

A retirada fraudulenta de valores pela violação do sistema de *internet banking* é muito comum porque por mais que as tecnologias de segurança avancem sempre são encontrados outros modos de quebra da segurança do sistema. "Os fraudadores digitais acompanham o avanço tecnológico e por meio de engenharia social continuam a vitimar cada vez mais internautas" (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2012, p. 15). Isto é, conforme as empresas se adequam os *crackers* descobrem diferentes maneiras de romper os

novos bloqueios criados. Por mais que o número de violações tenha diminuído, dificilmente casos semelhantes serão totalmente inibidos.

Adentrando em aspectos processuais, o seguinte julgado entende ser devida a custódia cautelar do autor do ilícito desta natureza, pois somente assim seria possível impedir de reiterar tal prática, diante da facilidade de acessar a rede mundial de computadores fora do ambiente prisional:

CRIMINAL. HC. FURTO QUALIFICADO. FRAUDES POR MEIO DA INTERNET. PROGRAMA TROJAN. OPERAÇÃO CONTROL ALT DEL. PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. ORDEM DENEGADA. I. Hipótese na qual o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de furto qualificado, pois seria integrante de grupo organizado com o fim de praticar fraudes por meio da *Internet*, concernentes na subtração de valores de contas bancárias, em detrimento de diversas vítimas e instituições financeiras, entre elas a Caixa Econômica Federal, a partir da utilização de programa de computador denominado TROJAN. II. Não há ilegalidade na decretação da custódia cautelar do paciente, tampouco no acórdão confirmatório da segregação, pois a fundamentação encontra amparo nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e na jurisprudência dominante. III. As peculiaridades concretas das práticas supostamente criminosas revelam que a liberdade do réu poderia ensejar, facilmente, a reiteração da atividade delitiva, indicando a necessidade de manutenção da custódia cautelar. IV. As eventuais fraudes podem ser perpetradas na privacidade da residência, do escritórios ou, sem muita dificuldade, em qualquer lugar em que se possa ter acesso à rede mundial de computadores. V. A real possibilidade de reiteração criminosa, constatada pelas evidências concretas do caso em tela, é suficiente para fundamentar a segregação do paciente para garantia da ordem pública. VI. Ordem denegada. (BRASIL, 2007d).

Em idêntico sentido há outro julgado do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2011d), o que evidencia uniformidade do pensamento. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir um HC sobre a matéria, não encontrou empecilhos na tipificação de furto mediante fraude e nem para a manutenção da prisão preventiva (BRASIL, 2011e).

Noutros casos julgados pelas cortes superiores é possível identificar o mesmo raciocínio, no qual a rede mundial de computadores é vista apenas como modo de facilitar ou implementar o ato criminoso.

Em julgamento de *Habeas Corpus* o Supremo Tribunal Federal reconheceu a *Internet* como meio de execução do crime de receptação, consolidando a prática do delito porque o agente expunha a venda produtos que deveria saber serem produtos de crime pela rede mundial de computadores (BRASIL, 2010b).

Por sua vez, em julgamento de Agravo Regimental num Conflito de Competência, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que "a conduta de transmitir sinal de *Internet*, via rádio, de forma clandestina, caracteriza o delito insculpido no art. 183, da Lei n. 9.472/1997" (BRASIL, 2010c).

Num Conflito de Competência julgado pelo Superior Tribunal de Justiça entendeu-se que a criação de um sítio na *Internet* com técnicas para o cultivo de maconha está apta para caracterizar o crime de incitação ao crime do artigo 286 do Código Penal, mas a competência seria da justiça estadual pois os efeitos do crime haviam sido locais, por mais que fosse dificultoso apurar a autoria do ilícito já que o site estava hospedado nos Estados Unidos (BRASIL, 2006a).

Também no julgamento de Conflito de Competência reconheceu-se que o crime de injúria praticado pela rede mundial de computadores equiparava-se ao praticado no plano físico, de forma que num caso em que a ex-namorada postou ofensas contra a vítima nas redes sociais o correto seria o processamento na justiça estadual (BRASIL, 2012a1).

No seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal encontra-se a caracterização dos crimes de injúria, desacato e incitação à prática de crimes com tipificação no Código Penal Militar, negando-se a ordem de *Habeas Corpus* porque não teria havido violação de privacidade com a autorização de acesso às informações pelo proprietário da *Lan House* utilizada para a prática dos ilícitos:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR. MENSAGENS CRIMINOSAS ENVIADAS PELA *INTERNET*. ACESSO AO CONTEÚDO DAS COMUNICAÇÕES DISPONIBILIZADO PELOS DESTINATÁRIOS. ACESSO AOS DADOS DE COMPUTADOR EM *LAN HOUSE* COM AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO JUDICIAL. INTERROGATÓRIO POR PRECATÓRIA. INVALIDADES NÃO RECONHECIDAS. Envio de comunicações criminosas, contendo injúria, desacato e incitação à prática de crimes, por meio de computador mantido em *Lan House*. Só há intromissão na esfera privada de comunicações, a depender de prévia autorização judicial, na hipótese de interferência alheia à vontade de todos os participantes do ato comunicativo. Caso no qual o acesso ao conteúdo das comunicações ilícitas foi disponibilizado à investigação pelos destinatários das mensagens criminosas. Autoria de crimes praticados pela *Internet* desvelada mediante acesso pela investigação a dados mantidos em computador de *Lan House* utilizado pelo agente. Acesso ao computador que não desvelou o próprio conteúdo da comunicação criminosa, mas somente dados que permitiram identificar o seu autor. Desnecessidade de prévia ordem judicial e do assentimento do usuário temporário do computador quando, cumulativamente, o acesso pela investigação não envolve o próprio conteúdo da comunicação e é autorizado pelo proprietário do estabelecimento e do aparelho, uma vez que é este quem possui a disponibilidade dos dados neles contidos. Não é inválida a realização de interrogatório por precatória quando necessária pela distância

entre a sede do Juízo e a residência do acusado. Não se prestigia a forma pela forma e, portanto, não se declara nulidade sem prejuízo, conforme princípio maior que rege a matéria (art. 499 do Código de Processo Penal Militar). Ordem denegada. (BRASIL, 2012b1).

No caso acima, além de encontrar o crime correspondente na legislação penal militar, foi necessário efetuar uma ponderação de direitos fundamentais entre a privacidade e o dever de polícia estatal para manutenção da segurança, predominando o segundo até mesmo porque ninguém pode se acobertar num direito fundamental para resguardar a prática de ato ilícito.

Comuns também são as práticas de crimes de racismo pela rede mundial de computadores, não havendo prejuízo para a tipificação na legislação penal vigente:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. RACISMO PRATICADO ATRAVÉS DE PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS RACISTAS EM SÍTIO DE RELACIONAMENTO. *INTERNET*. IDENTIFICAÇÃO DOS AUTORES. NECESSIDADE. LOCAL DO CRIME. LUGAR DE ONDE FORAM ENVIADOS OS TEXTOS OFENSIVOS. AUSÊNCIA DE DADOS APTOS A PROVAR A ORIGEM DAS OFENSAS. CONTINUIDADE DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. PREVENÇÃO. COMPETÊNCIA DAQUELE JUÍZO QUE PRIMEIRO CONHECEU DA INVESTIGAÇÃO. 1. A competência para processar e julgar os crimes praticados pela *Internet*, dentre os quais se incluem aqueles provenientes de publicação de textos de cunho racista em *sites* de relacionamento, é do local de onde são enviadas as mensagens discriminatórias. 2. Na espécie, mesmo após recebidas as informações da empresa proprietária do sítio, não houve como identificar, por enquanto, os autores das ofensas, o que impõe, obviamente, a manutenção do feito no âmbito daquele juízo que primeiro tomou conhecimento da investigação. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, o suscitado. (BRASIL, 2010d).

Assim, a publicação de textos de cunho racista na *Internet* caracteriza ilícito penal, não estando abrangida pelo exercício da liberdade de expressão. Noutro julgado, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a alteração de competência por conexão, eis que inúmeros eram aqueles que postavam mensagens racistas numa página de um site de relacionamento, de modo que somente pela apuração num único feito seria possível produzir adequadamente as provas (BRASIL, 2009a). O relevante é ter em mente que a Lei n. 7.716/1989 pode ser aplicada independente do meio utilizado para a prática do ato, dos arcaicos aos tecnológicos.

Por fim, merece destaque a temática da exploração infanto-juvenil pela rede mundial de computadores. Em geral, percebe-se que desde as alterações legislativas de 2003 e 2008 não há mais polêmicas sobre o enquadramento dos atos que envolvem material de exploração infanto-juvenil pela *Internet*, embora ainda existam dúvidas a respeito da justiça competente, se federal ou estadual. O Supremo Tribunal Federal, certa feita, entendeu que a competência

para apuração do crime do artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente seria da justiça federal (BRASIL, 2006b). Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça afastou, em outro caso, a competência da justiça federal argumentando que a troca de mensagens com conteúdo pornográfico envolvendo criança não teria ultrapassado as fronteiras nacionais (BRASIL, 2008d). Talvez por causa destas divergências que o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido Repercussão Geral "[...] acerca da competência para o processamento e julgamento de causa relativa à prática de crime de publicação de imagens, por meio da *Internet*, com conteúdo pornográfico envolvendo adolescentes, previsto no artigo 241-A da Lei n. 8.069/1990" (BRASIL, 2011f). Logo, tem se firmado que é preciso observar o caso concreto de modo a delimitar se o crime é transnacional ou local, sendo federal a competência no primeiro caso e estadual no segundo.

O seguinte julgado se refere a crime praticado após a alteração legislativa no Estatuto da Criança e do Adolescente:

HABEAS CORPUS . AQUISIÇÃO DE FILMES DE CONTEÚDO PORNOGRÁFICO COM IMAGENS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR *DOWNLOAD* VIA *INTERNET*. CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTS. 241-A E 241-B DO ECA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA. NOVO TÍTULO JUDICIAL. PERDA DO OBJETO. 1. Evidenciada a superveniência de sentença condenatória em que se manteve a custódia cautelar anteriormente imposta, perde o objeto o *habeas corpus* que se insurge contra os fundamentos da prisão preventiva decretada durante a instrução criminal, pois a segregação provisória decorre de novo título judicial, que não foi submetido ao conhecimento do Tribunal de origem. 2. *Habeas corpus* prejudicado. (BRASIL, 2012c1).

A ausência de qualquer dificuldade para o enquadramento demonstra que a alteração foi salutar, uma vez que na maioria dos casos semelhantes a estes não havia núcleo do tipo correspondente, ficando um ato de ofensa a bem jurídico altamente relevante impune. Nesta linha, percebe-se o esforço do Supremo Tribunal Federal num julgado isolado referente a ato anterior à alteração legislativa para que se evitasse a impunidade:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. DIVULGAÇÃO DE FOTOGRAFIAS CONTENDO CENAS DE SEXO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE. TIPICIDADE, EM TESE, DO CRIME DO ART. 241 DO ECA, NA SUA REDAÇÃO ORIGINAL, MESMO QUANDO A DIVULGAÇÃO DAS FOTOS ERÓTICAS FOI FEITA POR MEIO DA *INTERNET*. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADO. - Não se conhece, em *habeas corpus*, de causa de pedir não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. - O trancamento da ação penal, por ausência de justa causa, via *habeas corpus*, apesar de perfeitamente possível, é tido como medida de caráter excepcional, não se aplicando quando há indícios de autoria e

materialidade de fato criminoso. Precedentes. - Não resta dúvida de que a *Internet* é um veículo de comunicação apto a tornar público o conteúdo pedófilo das fotos encontradas, o que já é suficiente para demonstrar a tipicidade da conduta. Ademais, a denúncia foi clara ao demonstrar que qualquer pessoa que acessasse o servidor de arquivos criado pelo paciente teria à disposição esse material. (BRASIL, 2004).

No caso, reconheceu-se o enquadramento na redação original do artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, considerando que a *Internet* seria meio de publicação, algo que não era pacífico na época e deixou muitos casos semelhantes sem punição. O maior problema se referia aos casos em que o conteúdo não era publicado, mas apenas armazenado nos computadores, o que impossibilitava totalmente o enquadramento penal.

Entretanto, casos como este são excepcionais, sendo regra que a *Internet* não passa de meio de execução de condutas que encontram correspondente na legislação penal:

[...] o computadores ainda podem ser meio para a prática de delitos previstos na legislação ordinária, como, por exemplo, a ameaça (promessa de malefícios futuros) e crimes contra a honra praticados via *e-mail* (ofensas à honra objetiva - difamação -, subjetiva - injúria - e a imputação falsa de fato considerado como crime - calúnia), violação de correspondência eletrônica - *e-mail* -, tráfico de drogas e apologia ao crime, e até mesmo o homicídio doloso, na hipótese de uma pessoa, intencionalmente, interferir na programação de um aparelho em funcionamento em um paciente internado na Unidade de Terapia Intensiva (UTI), cujo desligamento venha a lhe causar a morte, o furto mediante fraude, bem como para outras condutas potencialmente danosas, ainda não disciplinadas pelo direito penal. (FURLANETO NETO; SANTOS; GIMENES, 2012, p. 35).

Nestes casos, percebe-se que o raciocínio feito pelo intérprete é predominantemente silogista, o que é característico da aplicação da lei penal: basta compreender que geralmente a *Internet* será simples meio de execução do crime e não um elemento totalmente inovador que descaracterize a tipicidade. A ponderação de princípios decorrente da nova hermenêutica constitucional costuma ficar reservada para matérias processuais penais em que o direito de punição estatal é limitado pelos direitos fundamentais do infrator, mencionadas de forma reflexa neste tópico.

4.2.3.2 Incorporação de novas tecnologias na esfera trabalhista

São variadas as polêmicas que envolvem o uso da informática nas relações de trabalho, o que tem gerado uma constante provocação do Poder Judiciário para solucioná-las. Diante do caráter inovador destes conflitos, acrescido do usual caráter genérico de certas normas trabalhistas, o raciocínio de interpretação acaba envolvendo geralmente a ponderação entre princípios constitucionais, algo que aproxima os padrões morais dos jurídicos.

A primeira temática destacada envolve o princípio da publicidade da administração pública, uma vez que a *Internet* se tornou um meio para a divulgação destas informações estatais numa governança eletrônica transparente. Em 2011 foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a repercussão geral da controvérsia sobre ser correta ou não a divulgação pela *Internet* de informações alusivas a servidores públicos, inclusive remuneração: de um lado estaria o princípio da publicidade e de outro os princípios da privacidade, intimidade e segurança dos servidores públicos. (BRASIL, 2011g). Pouco tempo depois foi sancionada lei federal que repetia as disciplinas estaduais questionadas perante o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal, qual seja a Lei n. 12.527/2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO ESTADO DO PARANÁ. DIVULGAÇÃO NA *INTERNET* DOS NOMES E REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES. Aparente violação do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Agravo de instrumento a que se dá provimento, a fim de se determinar o regular processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO ESTADO DO PARANÁ. DIVULGAÇÃO NA *INTERNET* DOS NOMES E REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES. Nos termos da jurisprudência reiterada desta Corte, é possível a divulgação na *Internet* da relação dos nomes e remuneração dos servidores. Isso porque, tal ato decorre de obrigação que lhe foi imposta pelo artigo 33, §6º da Constituição do Estado do Paraná, não configurando lesividade. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO SINDICATO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Tendo em vista o provimento do recurso de revista interposto pelo Estado do Paraná, tem-se que a análise do presente agravo de instrumento ficou prejudicada. (BRASIL, 2012d1).

O julgado acima exterioriza o entendimento pacificado no Tribunal Superior do Trabalho, independente da lei federal mencionada, negando-se indenização por dano moral ao servidor que tem tais informações a seu respeito divulgadas na rede (BRASIL, 2012e1; BRASIL, 2012f1). Foi necessário um exercício de ponderação de princípios constitucionais para delimitar se não seria uma invasão da privacidade e da segurança dos servidores públicos divulgar informações pessoais. A princípio, tais bens jurídicos deveriam ser resguardados, mas perdem força devido a um interesse maior que é o interesse público. Assim, o bem comum é tomado como prioridade em detrimento do indivíduo, o que é compatível com os ditames éticos consolidados em sociedade. No entanto, é questionável a necessidade de disponibilização dos dados completos do servidor, parecendo ser suficiente que se informe à população a remuneração que um funcionário que ocupe aquele cargo recebe.

Parte-se para a segunda temática que tem sido levada ao Judiciário na esfera trabalhista decorrente deste novo contexto tecnológico, qual seja o dever ou não de

pagamento de horas extras pelo empregador que faz com que seu funcionário assista pela rede mundial de computadores a cursos de aperfeiçoamento.

HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. GERENTE-GERAL DE AGÊNCIA. PARTICIPAÇÃO EM CURSOS, VIA *INTERNET*, VISANDO A APERFEIÇOAMENTO PROFISSIONAL, POR DETERMINAÇÃO DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. CONCRETIZAÇÃO DO OBJETIVO FORA DAS DEPENDÊNCIAS DO BANCO E EM HORÁRIO DIVERSO DAQUELE DESTINADO AO EXPEDIENTE BANCÁRIO. SÚMULA N. 287/TST. ARTIGO 62, II, CLT. 1. A condição especial que se atribui ao empregado inserido nas disposições do art. 62 da CLT, verdadeiro *alter ego* do empregador, exime-o do controle de jornada e, por essa razão, não lhe assegura o direito a horas extras de qualquer natureza. 2. Aplicável ao gerente-geral de agência bancária a norma contida no inciso II do art. 62 da CLT, não consubstancia serviço extraordinário o período destinado à realização de cursos, via *Internet*, visando ao aperfeiçoamento profissional do empregado. Incidência da Súmula n. 287/TST. 3. A circunstância de a participação em eventos dessa natureza derivar de exigência do empregador, bem como de concretizar-se fora das dependências do Reclamado e em horário diverso daquele destinado ao expediente bancário, não desnatura a essência do cargo de gestão atribuído ao gerente-geral de agência, a excepcioná-lo integralmente do regime de duração do trabalho previsto no Capítulo II do Título II da CLT. 4. Embargos conhecidos, por contrariedade à Súmula n. 287/TST, e providos para excluir da condenação as horas extras decorrentes da participação em cursos não presenciais, via *Internet*. (BRASIL, 2012g1).

No caso acima o único motivo para a negativa das horas extras foi o desempenho de função de confiança por parte do empregado. Noutros casos a matéria também foi levada ao Tribunal Superior do Trabalho, geralmente não sendo reconhecida a realização de horas extras por falta de provas (BRASIL, 2012h1). A rede mundial de computadores criou novas expectativas para as relações de trabalho, permitindo que o funcionário esteja sempre conectado às suas atividades laborais. Por exemplo, se antes era necessária a presença física num curso de aperfeiçoamento, o que era incluído na jornada de trabalho, hoje é possível ministrá-lo pela *Internet* com o funcionário assistindo-o nas horas que deveriam ser livres. Trata-se de um abuso que tem sido cometido por alguns empregadores, o qual esbarra em dificuldades para comprovação das horas extras segundo a jurisprudência. Na esfera ética, nota-se que o empregador viola o ditame de respeito ao próximo, aproveitando-se de uma posição hierarquicamente superior para obter uma vantagem indevida que é a prorrogação da jornada de trabalho.

Em verdade, cada vez faz mais sentido defender um direito de desconexão do espaço de trabalho, desfrutando plenamente das horas vagas. Num julgado, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu que seriam devidas horas extras ao empregador que aos finais de semana e depois do horário de expediente utilizava recursos tecnológicos de sua residência para

firmar negócios que conferiam lucro para a empresa na qual trabalhava, determinando também o pagamento das despesas com telefone fixo, celular e *Internet* (BRASIL, 2011h).

Outra questão que o uso das tecnologias da informação trouxe para o espaço de trabalho foi a de facilitação da quebra do sigilo profissional. Neste sentido, empregadoras questionam o encaminhamento de e-mails que supostamente conteriam informações sigilosas, utilizando tal fato para motivar a dispensa com justa causa (BRASIL, 2011i). Para evitar práticas neste sentido e para impedir que os funcionários utilizem a *Internet* para fins diversos daqueles para os quais o recurso é disponibilizado consolidou-se a prática do monitoramento de e-mail corporativo, que tem sido convalidada pela jurisprudência.

I) DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ACESSO DO EMPREGADOR A CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO - LIMITE DA GARANTIA DO ART. 5º, XII, DA CF. 1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados. 2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência - manuscrita, impressa ou eletrônica - da pessoa - física ou jurídica - diante de terceiros. 3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional - da pessoa jurídica -, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela. 4. Assim, se o *e-mail* é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em *e-mail* corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema *Gmail* do Google, de acesso universal. 5. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos. [...] (BRASIL, 2009b).

No caso, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu ser devido o monitoramento de *e-mail* por ter sido a conta disponibilizada pela própria empresa que o monitorou. Em termos constitucionais, tem-se que um *e-mail* corporativo se enquadra na esfera da privacidade, mais maleável que a da intimidade na qual se encaixaria um *e-mail* particular. Não obstante, a relação de confiança entre empregador e funcionário que se estabelece na esfera do espaço de trabalho e inclui os recursos propiciados para o desempenho das funções traz intrínseca a possibilidade de que a privacidade do trabalhador seja limitada em alguns aspectos. Sob questões éticas, tem-se que em qualquer relação de confiança a quebra de alguns limites da privacidade é natural, desde que se mantenha o respeito recíproco.

PROVA ILÍCITA - *E-MAIL* CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (*e-mail* particular). Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado *e-mail* corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre *Internet* e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o *e-mail* corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de *e-mail* corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à *Internet* e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de *e-mail* de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em *e-mail* corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (BRASIL, 2005).

A utilização de um recurso disponibilizado pelo empregador para fins particulares que podem ser inclusive prejudiciais para a imagem da empresa pode gerar demissão por justa causa, embora o exame deva ser feito voltado a uma proporcionalidade constitucional. Nem todo uso de *e-mail* corporativo para fim particular caracteriza justa causa (BRASIL, 2009c),

mas tão somente aquele que seja reiterado e voltado para fins que possam prejudicar a empresa, a exemplo do envio de material pornográfico (BRASIL, 2012i1). Assim, pacificou-se o entendimento no Tribunal Superior do Trabalho de que o *e-mail* corporativo pode ser monitorado pelo empregador (BRASIL, 2010e), até mesmo como salvaguarda dos interesses de sua empresa, mas não o *e-mail* particular. Logo, determinados registros de conteúdo do acesso a aplicativos no espaço de trabalho pelo funcionário não podem ser vigiados pelo empregador, embora os registros de utilização da tecnologia o possam, visando obter subsídios para advertir o empregador de sua conduta inadequada e prejudicial à empresa.

A vigilância do empregado por outras tecnologias, como câmeras instaladas no local de trabalho, também tem sido questionada perante a justiça trabalhista. No caso, geralmente é feito um raciocínio de proporcionalidade, delimitando em que locais o empregador estaria regularmente exercendo o direito de vigilância e em que locais ele estaria abusando deste direito invadindo a intimidade do funcionário.

[...] 3. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. INSTALAÇÃO DE CÂMERA DE MONITORAMENTO EM LOCAL UTILIZADO COMO VESTIÁRIO PELO EMPREGADO. 3.1. A Constituição Federal de 1988, consolidando o ideal de proteção universal, elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III). 3.2. A dignidade consiste na percepção intrínseca de cada ser humano a respeito dos direitos e obrigações, de modo a assegurar, sob o foco de condições existenciais mínimas, a participação saudável e ativa nos destinos escolhidos, sem que isso importe destilação dos valores soberanos da democracia e das liberdades individuais. O processo de valorização do indivíduo articula a promoção de escolhas, posturas e sonhos, sem olvidar que o espectro de abrangência das liberdades individuais encontra limitação em outros direitos fundamentais, tais como a honra, a vida privada, a intimidade, a imagem. Sobreleva registrar que essas garantias, associadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, subsistem como conquista da humanidade, razão pela qual auferiram proteção especial consistente em indenização por dano moral decorrente de sua violação. 3.3. No presente caso, o quadro revelado pelo Regional assinala a instalação, sem prévia comunicação aos empregados, de câmera de monitoramento em local utilizado como vestiário. Nesse sentir, a conduta adotada pela empregadora viola a dignidade, a intimidade e a privacidade de seus empregados (art. 5º, X, da CF), constituindo, portanto, ato ilícito. Recurso de revista não conhecido. 4. JULGAMENTO *ULTRA PETITA* INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR ARBITRADO. Nos termos do art. 460 do CPC, é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Nessa esteira, a condenação ao pagamento de indenização por dano moral deve observar aos parâmetros fixados pelo reclamante na petição inicial, sob pena de se incorrer em julgamento *extra petita*. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2012j1).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE NO SISTEMA DE MONITORAMENTO (FILMAGENS) NO ÂMBITO DA EMPRESA COM O CONHECIMENTO DOS EMPREGADOS E APENAS NOS LOCAIS DE TRABALHO, NOS TERMINAIS BANCÁRIOS E PORTAS PRINCIPAIS. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que ora subsiste por seus próprios fundamentos. (BRASIL, 2010f).

O questionamento a respeito da violação do direito constitucional à intimidade, em desrespeito à dignidade da pessoa humana, foi interpretado favoravelmente ao empregado quando ele não tinha ciência a respeito da vigilância por câmeras e foi vigiado pela empresa em local no qual se supõe ter intimidade, qual seja o vestiário. Diferente é a situação na qual as câmeras se encontram em terminais bancários e portas principais, com devida informação, procedimento que é comum em praticamente todas empresas com algum recurso financeiro substancial. Em termos éticos, tem-se que a relação de confiança entre dois sujeitos permite a limitação de alguns aspectos individuais, mas não pode se firmar num contexto de total desconfiança porque todo homem, por ser dotado de elemento racional, é presumivelmente bom e possui capacidade de agir eticamente.

Ainda, há as inúmeras demandas buscando dano moral, por vezes com alegação de assédio moral diante da divulgação de mensagens eletrônicas a todos funcionários da empresa destacando o comportamento ineficiente do reclamante (BRASIL, 2012k1). No seguinte caso o *e-mail* também foi utilizado como meio de divulgação de suspeitas sobre o funcionário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO E RESPONSABILIDADE. Partindo-se da moldura fática delineada pela Corte de origem, é possível verificar que: a) o Sr. Eduardo Yuba, empregado da Agravante, mandou *e-mail* para empregados da ora Agravante e da empresa Galatas informando que o Reclamante havia furtado notebooks em seu antigo emprego; b) as informações prestadas pelo Sr. Eduardo Yuba se deram em razão do trabalho (sob a assertiva de averiguação da vida profissional pregressa do autor); c) os fatos mencionados no *e-mail* chegaram a conhecimento de outros empregados que faziam comentários acerca da conduta do Reclamante. No que tange à alegada ausência de demonstração do efetivo dano moral, não há como prosperar a pretensão patronal. De fato, tendo outros empregados tomado conhecimento do fato mencionado no *e-mail*, que afetam diretamente a dignidade e a honra do Obreiro, não há como entender não comprovado o dano moral. De outro lado, sendo constatado que a pessoa que enviou o *e-mail* era empregado da ora Recorrente e prestou informações em razão do seu trabalho, mostra-se pertinente a aplicação do art. 932, III, do Código Civil, tal como consignado pela Corte de origem. Agravo de Instrumento desprovido. (BRASIL, 2011j).

As novas tecnologias proporcionaram meios diferenciados para um hábito humano antiético infelizmente comum, que é o de falar da vida alheia, geralmente sem conhecimento a respeito da veracidade das informações repassadas. Quando um empregado age desta forma em relação a outro a empresa a qual ele está vinculado fica responsável por reparar o dano, podendo posteriormente puni-lo por tal atitude.

O advento da era da informatização, como visto exhaustivamente neste trabalho, alterou de modo relevante o modo de vida em sociedade. A onda das redes sociais tomou conta do cotidiano das pessoas, tanto que já há polêmicas no Judiciário no que tange à possibilidade do uso da rede mundial de computadores atrapalhando a jornada de trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DA *INTERNET* POR MEIO DOS EQUIPAMENTOS EMPRESARIAIS. A utilização da *Internet* por meio de equipamentos empresariais para fins impróprios é passível de enquadrar-se em diferentes graus de gravidade. Isso porque, verificadas as circunstâncias do caso concreto, o empregador pode até mesmo ser responsabilizado por eventual terceiro que se sinta agredido por receber mensagem que considera abusiva, situação que autorizaria, em princípio, classificar o comportamento do obreiro como infração máxima trabalhista. A hipótese discutida no caso concreto, entretanto, não revela que a atitude do Reclamante tenha provocado grave lesão ao empregador, com intensidade suficiente para impedir a continuidade do pacto laboral e justificar a dispensa motivada. Tanto que outros empregados que também utilizaram de forma irregular os meios comunicantes da empresa permaneceram trabalhando - segundo dados contidos no acórdão. Ressalte-se que a penalidade não pode ser efetuada com intuito - ou com efeitos - discriminatórios. Se o cometimento da infração abrange distintos obreiros, torna-se discriminatória a punição que atinge um único deles - desde que não haja, obviamente, efetiva distinção na gravidade e intensidade da participação de cada um nos eventos irregulares, o que, pontue-se, não foi comprovado no caso em análise. Em face desse contexto, considera-se que não houve proporcionalidade entre a falta e a punição - resolução do contrato de trabalho. Em outras palavras, não houve harmônica conformidade entre a dimensão e extensão da falta cometida e a dimensão e extensão da punição perpetrada. Ademais, observado o caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar como importante critério informador da aplicação de penas, a aplicação da pena de suspensão seria suficiente para ajustar o obreiro à sadia convivência laborativa, no contexto de regras lícitas adotadas pela empresa. Por esses fundamentos, considera-se que as Reclamadas não observaram os requisitos circunstanciais para aplicação da justa causa, não se justificando a resolução contratual. Agravo de instrumento desprovido. (BRASIL, 2011k).

No julgado entendeu-se que a conduta do trabalhador não era tão diferente da dos demais, que também utilizavam a *Internet* para fins particulares durante a jornada de trabalho. O tratamento diferenciado gerou a formação de opinião no Judiciário de que o motivo para a rescisão contratual não passava de um recurso para se livrar de um funcionário que já não era mais interessante para os quadros da empresa. É preciso agir com razoabilidade ao ponderar

sobre como o uso de tecnologia no horário de trabalho pode ou não ser prejudicial ao empregador, sempre tomando a providência de advertir o funcionário antes de demiti-lo por justa causa, a não ser que durante esta utilização para fins particulares no local de serviço tenha sido cometido um ato ilícito sobre o qual a empresa tenha que se responsabilizar. No caso seguinte, apesar da conduta ser reiterada não houve provas de prejuízo ao desempenho das funções, de modo que a rescisão contratual por justa causa não se justificaria:

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Caso em que a decisão do Tribunal Regional contemplou os aspectos de fato e de direito relevantes para a solução da lide, não incidindo, assim, em ofensa aos artigos arts. 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458 do CPC. Recurso de revista não conhecido. RESCISÃO CONTRATUAL. JUSTA CAUSA. DECISÃO FUNDADA EM ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA 126 DO TST. UTILIZAÇÃO DA *INTERNET* PARA FINS PESSOAIS DO EMPREGADO DURANTE A JORNADA DE TRABALHO. EMPREGADO ADVERTIDO. REINCIDÊNCIA. QUEBRA DE CONFIANÇA. Caso em que a matéria suscitada pelo recorrente não comporta reexame no recurso de revista, pois a afirmação da tese preconizada no recurso só poderia ser admitida se, re-examinado o conjunto fático-probatório dos autos, fosse possível verificar que a utilização da *Internet*, para fins pessoais, durante o horário de trabalho, por parte do empregado, tivesse ocorrido em poucas oportunidades, sem prejuízo da atividade laboral, não assumindo gravidade. Sucede que o Tribunal Regional concluiu, a partir de análise da prova e amparado no princípio do livre convencimento motivado, elencado no art. 131 do CPC, pela gravidade da falta, sob a consideração de que o reclamante, embora advertido, continuou a acessar a *Internet* para fins pessoais durante o horário de trabalho. Óbice da Súmula n. 126 do TST. Recurso de revista não conhecido. (BRASIL, 2010g).

Como fundamento para que a questão do uso da rede mundial de computadores durante a jornada de trabalho não possa ser punida com a demissão por justa causa destaca-se a possibilidade de bloqueio de acesso a determinados conteúdos por parte do empregador. Assim, se não é de interesse do empregador que o funcionário acesse redes sociais durante a jornada basta bloquear tais *sites* nos computadores da empresa. Esta possibilidade é aceita nos tribunais superiores, não havendo ofensa à livre manifestação de pensamento e acesso à informação, sendo assim um direito do empregador:

ADMINISTRATIVO. BLOQUEIO DE ACESSO A SÍTIO NA *INTERNET* POR MEIO DA REDE INTERNA DO ÓRGÃO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AO DIREITO À INFORMAÇÃO OU À LIVRE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO. 1. O acesso à *Internet*, no ambiente de trabalho e por meio dos computadores do órgão público, deve estar relacionado ao exercício das atividades profissionais. Além disso, para a própria segurança de sua rede interna, a Administração deve bloquear o acesso a sítios ou arquivos que possam

danificá-la ou comprometer sua égide. 2. São legítimas as restrições administrativas que autorizam o órgão público a monitorar o uso da *Internet* disponibilizada, bloqueando, se necessário, o acesso a arquivos ou sítios que comprometam o uso da rede ou perturbem as atividades profissionais. 3. O bloqueio do acesso a determinado sítio na *Internet* por meio da rede interna da Administração não prejudica o direito à informação ou à livre manifestação de pensamento, já que qualquer servidor, fora do ambiente de trabalho, pode ter acesso ao conteúdo da página bloqueada. 4. Recurso Ordinário não provido. (BRASIL, 2012g).

Nota-se que uma das esferas em que o Judiciário mais tem sido chamado para solucionar conflitos decorrentes das novas tecnologias é a trabalhista. Afinal, com elas foram criadas novas possibilidades para o ambiente de trabalho, que podem ser utilizadas tanto para o bem quanto para o mau. Importante ter em mente que a tecnologia não é boa ou má em si mesma, tudo depende do uso que é dado a ela: se respeitados os ditames éticos consolidados em sociedade, situações de conflito dificilmente ocorrerão.

4.2.3.3 Violação de direitos de propriedade intelectual

Uma das questões mais polêmicas da rede mundial de computadores é a da violação dos direitos de propriedade intelectual. No Brasil, ainda não há uniformidade de posição jurisprudencial e nem casos frequentemente reincidentes, o que dificulta compreender se o Judiciário brasileiro está ou não atento para os novos limites éticos que cercam os direitos de propriedade intelectual na era da informatização.

Reinaldo Filho (2009, p. 51) aponta que a tendência atual nos tribunais do mundo inteiro tem sido a de condenar aquele que mantém ou fornece base para *sites* ou programas que possibilitam a violação de direitos autorais; enquanto que o usuário não é considerado o infrator do direito autoral, sendo negado o direito à quebra de IP e reprovadas propostas de maior rigor na punição destes, por exemplo, o projeto de lei francês que visava permitir o corte da *Internet* do usuário que compartilhasse ilegalmente filmes e músicas.

Se, por um lado, é legítima a incidência de direitos autorais na *Internet*; por outro lado é preciso ter cautela, no sentido de que tal legitimidade não interfira no caráter democrático da rede, ou seja, no acesso e na divulgação de informações nela constantes; sendo necessário o estabelecimento de bases para solucionar estes conflitos.

Não há muitos casos nos tribunais superiores a respeito da questão. Foi encontrado um julgado isolado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no qual a publicação de obra literária pela *Internet* sem autorização gerou violação dos direitos de propriedade intelectual:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIVULGAÇÃO DE OBRA LITERÁRIA NA *INTERNET* SEM AUTORIZAÇÃO E

INDICAÇÃO DE SEU AUTOR. ATO ILÍCITO DO PREPOSTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. 1. O empregador responde objetivamente pelos atos ilícitos de seus empregados e prepostos praticados no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (arts. 932, III, e 933 do Código Civil). 2. Tendo o Tribunal de origem admitido que o preposto da instituição de ensino entregou obra literária de terceiro para disponibilização no sítio eletrônico daquela, sem autorização e indicação clara de seu verdadeiro autor, o reconhecimento da responsabilidade da instituição empregadora pelos danos causados é de rigor, ainda que não haja culpa de sua parte. 3. Ausente a comprovação dos danos materiais, afasta-se o pleito indenizatório. 4. Presentes os requisitos para a configuração dos danos morais, assegura-se justa reparação. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (BRASIL, 2011).

No entanto, há julgados em tribunais estaduais sobre a matéria. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em diversos casos, reconheceu a prevalência dos direitos autorais, ainda que a violação se dê pelo uso da *Internet*: em um deles foi reconhecida a possibilidade de exclusão de vídeos colocados na rede por meio de cópia não autorizada de filmes protegidos pelo direito autoral (SÃO PAULO, 2007a).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já reconheceu a legitimidade do direito moral do autor na *Internet*: "a falta de crédito ao autor de fotos divulgadas em site na *Internet* justifica a procedência da ação de obrigação de fazer [...]" (SÃO PAULO, 2008). Em outro caso do mesmo Tribunal, um usuário havia divulgado e disponibilizado gratuitamente sua obra na *Internet* e um terceiro a utilizou para a publicação de um livro, violando assim os direitos de propriedade intelectual (SÃO PAULO, 2007b).

Ainda, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

a publicação de trabalho fotográfico na *Internet*, sem o consentimento do autor, sem a indicação de seu nome como sendo o autor do trabalho e após a recusa do réu em pagar pela utilização da fotografia, configura ofensa à honra, à personalidade e à moral do autor da obra fotográfica [...] (MINAS GERAIS, 2005).

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná concedeu liminar determinando aos administradores do *software K-Lite Nitro*, que permite o *download* gratuito de músicas pela *Internet* em rede de compartilhamento (P2P), a inserir mecanismo no programa para impedir a divulgação de faixas protegidas pelo direito do autor (PARANÁ, 2009).

No geral, percebe-se uma posição conservadora destes tribunais estaduais, em especial quando a questão se volta para o aspecto patrimonial do direito do autor. As novas tecnologias passaram a exigir uma nova visão da matéria, na qual o direito à informação constitucionalmente assegurado nunca seja perdido de vista.

Por sua vez, no julgado isolado do Superior Tribunal de Justiça não foi possível encontrar um verdadeiro embate entre os princípios constitucionais envolvidos numa das maiores polêmicas da era da informatização, algo que também permitiria denotar a visão do Judiciário sobre os novos limites éticos ao exercício do direito de propriedade intelectual e de acesso à informação.

4.2.3.4 Responsabilidade civil dos internautas por danos via *Internet*

A matéria em questão não costuma ser levada ao Supremo Tribunal Federal porque em regra há ofensa reflexa à Constituição Federal e direta à legislação infraconstitucional, posto que a responsabilidade civil se encontra disciplinada no Código Civil com cláusulas bastante abrangentes, conferindo amplo poder de interpretação ao magistrado no enquadramento dos elementos caracterizadores. Não significa que a decisão tomada não tenha como parâmetros os princípios constitucionais, geralmente aplicados mediante uso da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais.

Nesta linha, o Supremo Tribunal Federal já recusou o exame da matéria dano moral por divulgação não autorizada de imagem pela rede mundial de computadores (BRASIL, 2009d). Porém, noutro caso reconheceu, fundado no direito fundamental da liberdade de expressão, notadamente na esfera jornalística, a Repercussão Geral para apurar a competência para o processamento de ações proposta contra jornalistas profissionais e eventuais por pessoas que se sintam ofendidas pelo conteúdo postado na rede (BRASIL, 2009e).

Ainda assim, variados casos chegam ao Superior Tribunal de Justiça referentes à responsabilidade civil dos internautas.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIAS VEXATÓRIAS E SENSACIONALISTAS EM *SITE DA INTERNET*. 1. O Tribunal de origem, procedendo com amparo nos elementos de convicção dos autos, constatou a conduta ilícita do jornalista e reconheceu o seu dever de indenizar a agravada pelos danos morais sofridos. 2. Diante da falta de parâmetros objetivos para fixar o valor indenizatório, foram observados os seguintes elementos: gravidade e extensão do dano, reincidência do ofensor, posição profissional e social do ofendido, e condição financeira do ofensor e da vítima. 3. Portanto, os danos morais fixados pelo Tribunal de origem em quantia irrisória, foram majorados por esta Corte Superior, com vistas a que o valor da indenização por danos morais atendesse ao binômio "valor de desestímulo" e "valor compensatório". AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (BRASIL, 2011m).

O conflito de direitos fundamentais suscitado de maneira reflexa no julgado colacionado envolve a liberdade de informação jornalística face à honra e à privacidade da pessoa a respeito da qual a matéria publicada na rede se refere. Os elementos básicos da responsabilidade civil restaram presentes, havendo assim dever de indenizar, de modo que o Superior Tribunal de Justiça apenas delimitou quais seriam os critérios de quantificação para casos semelhantes, o que também exige um considerável raciocínio interpretativo.

Também uma pessoa jurídica de direito público ou privado pode praticar ato ilícito civil, gerando dever de indenizar, pela prática de um ato na rede mundial de computadores. Por exemplo, se divulgar informações inverídicas a respeito de uma pessoa física ou jurídica que lhes sejam prejudiciais. Neste sentido, encontra-se julgado do Superior Tribunal de Justiça que determinou a retirada do ar do nome do recorrente de uma lista dos 100 maiores desmatadores da floresta amazônica postada pelo IBAMA, uma vez que a informação se baseada em autos administrativos em questionamento perante o Judiciário (BRASIL, 2010h).

O seguinte caso aborda o direito de retratação, reconhecendo que na rede mundial de computadores é potencializado o efeito dos delitos contra a honra, que são cíveis e criminais:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CALÚNIA. OFENSA VEICULADA NA *INTERNET*. EXIGÊNCIA DE PUBLICIDADE DA RETRATAÇÃO, QUE DEVE SER CABAL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Nos termos do art. 143 do Código Penal, a retratação, para gerar a extinção da punibilidade do agente, deve ser cabal, ou seja, completa, inequívoca. 2. No caso, em que a ofensa foi praticada mediante texto veiculado na *Internet*, o que potencializa o dano à honra do ofendido, a exigência de publicidade da retratação revela-se necessária para que esta cumpra a sua finalidade e alcance o efeito previsto na lei. 3. Recurso especial improvido. (BRASIL, 2007e).

Embora seja um julgado criminal, deixa claro um elemento que deve sempre ser considerado quando da quantificação da indenização dos atos ilícitos cíveis praticados na *Internet*: o efeito potencializador. Evidente que a indenização deve ser maior num caso em que a ofensa é divulgada pela rede mundial de computadores do que num caso em que ela fica restrita a um pequeno grupo de pessoas, sem contar a dificuldade que é remover um conteúdo postado na rede devido ao intenso fluxo de informações.

Ainda assim, os casos de responsabilidade civil dos internautas, ao menos nos tribunais superiores, não são tão frequentes quando os que envolvem a responsabilidade civil das empresas atuantes na *Internet*. A razão disto ocorrer consiste na possibilidade de obter informações sobre o infrator que oculte sua identidade na rede somente mediante ordem judicial direcionada à empresa mantenedora do sítio, conforme se percebe no julgado abaixo:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - INFORMAÇÕES ACERCA DA ORIGEM DE MENSAGENS ELETRÔNICAS DIFAMATÓRIAS ANÔNIMAS PROFERIDAS POR MEIO DA *INTERNET* - LIDE CONTEMPORÂNEA - POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR - ACESSO AOS DADOS CADASTRAIS DO TITULAR DE CONTA DE *E-MAIL* - MANDADO JUDICIAL - NECESSIDADE - SIGILO DE DADOS - PRESERVAÇÃO - ÔNUS SUCUMBENCIAIS - CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA DO PROVEDOR - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - AFASTAMENTO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A presente controvérsia é uma daquelas questões que a vida moderna nos impõe analisar. Um remetente anônimo utiliza-se da *Internet*, para e por meio dela, ofender e denegrir a imagem e reputação de outrem. Outrora, a carta era um dos meios para tal. Doravante, o *e-mail* e as mensagens eletrônicas (SMS), a substituíram. Todavia, o fim continua o mesmo: ofender sem ser descoberto. O caráter anônimo de tais instrumentos pode até incentivar tal conduta ilícita. Todavia, os meios existentes atualmente permitem rastrear e, portanto, localizar o autor das ofensas, ainda que no ambiente eletrônico. II - À luz do que dispõe o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, infere-se que, somente por ordem judicial, frise-se, a ora recorrente, UNIVERSO ONLINE S. A., poderia permitir acesso a terceiros ao seu banco de dados cadastrais. III - A medida cautelar de exibição de documentos é ação e, portanto, nessa qualidade, é devida a condenação da parte-ré ao pagamento dos honorários advocatícios, por força do princípio da causalidade. IV - Na espécie, contudo, não houve qualquer resistência da ora recorrente que, inclusive, na própria contestação, admitiu a possibilidade de fornecer os dados cadastrais, desde que, mediante determinação judicial, sendo certo que não poderia ser compelida, extrajudicialmente, a prestar as informações à autora, diante do sigilo constitucionalmente assegurado. V - Dessa forma, como o acesso a dados cadastrais do titular de conta de *e-mail* (correio eletrônico) do provedor de *Internet* só pode ser determinada pela via judicial, por meio de mandado, não há que se falar em aplicação do princípio da causalidade, apto a justificar a condenação nos ônus sucumbenciais. VI - Recurso especial provido. (BRASIL, 2010i).

São comuns os casos em que o agente deseja ofender sem ser descoberto e, por mais que ao preencher um cadastro forneça suas informações ou que o registro de IP dificilmente seja mascarado, aos olhos dos demais internautas - inclusive do ofendido - o ocultismo fica resguardado. Por isso, é necessário pedir informações à mantenedora do sítio no qual a ofensa foi praticada, o que nem sempre é fácil porque é preciso levar a questão ao Judiciário devido ao sigilo das comunicações de dados assegurado constitucionalmente (embora seja certo que ele não deva envolver dados cadastrais mas somente informações sensíveis, as mantenedoras argumentam nesta linha e parte do Judiciário assim reconhece).

No julgado acima, a cautelar pela exibição destas informações se arrastou até o Superior Tribunal de Justiça, o que deve ter levado um bom tempo. Talvez por esta morosidade e dificuldade que a preferência dos ofendidos tem sido pelo processamento direto destas empresas visando a reparação do ato ilícito, como se destaca no tópico seguinte.

4.2.3.5 Responsabilidade civil das mantenedoras na *Internet*

Um dos tópicos que mais tem sido discutido nos tribunais superiores é o da extensão da responsabilidade das empresas que atuam na rede mundial de computadores. Tendo em vista que o tema responsabilidade civil, ora disciplinado no Código Civil, é bastante flexível em termos de interpretação, natural que as discussões perpassem também por uma ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos na relação de consumo. Percebe-se uma eficácia indireta que beira a direta devido à amplitude das cláusulas gerais da responsabilidade civil.

A temática é tão polêmica que o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral a respeito, de forma que futura decisão proferida pela corte irá efetuar a ponderação de direitos fundamentais colidentes neste contexto:

GOOGLE - REDES SOCIAIS - *SITES* DE RELACIONAMENTO - PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS NA *INTERNET* - CONTEÚDO OFENSIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR - DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO - COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO *vs.* DIREITO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE, À HONRA E À IMAGEM. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE. (BRASIL, 201211).

O cerne da problemática a respeito da responsabilidade civil das mantenedoras de páginas na *Internet* envolve o reconhecimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que incide o Código de Defesa do Consumidor na relação entre esta mantenedora e o internauta que utiliza direta ou indiretamente seus serviços.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. RETIRADA. REGISTRO DE NÚMERO DO IP. DANO MORAL. AUSÊNCIA. PROVIMENTO. 1.- No caso de mensagens moralmente ofensivas, inseridas no site de provedor de conteúdo por usuário, não incide a regra de responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Cód. Civil/2002, pois não se configura risco inerente à atividade do provedor. Precedentes. 2.- É o provedor de conteúdo obrigado a retirar imediatamente o conteúdo ofensivo, pena de responsabilidade solidária com o autor direto do dano. 3.- O provedor de conteúdo é obrigado a viabilizar a identificação de usuários, coibindo o anonimato; o registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na *Internet* constitui meio de rastreamento de usuários, que ao provedor compete, necessariamente, providenciar. 4.- Recurso Especial provido. Ação de indenização por danos morais julgada improcedente. (BRASIL, 2012m1).

O julgado é apenas um dentre vários que tomam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor como incontroversa, baseando a decisão nesta premissa. Algumas questões são mais fáceis de serem solucionadas, por envolverem um menor número de agentes - apenas

consumidor e mantenedor - e não uma cadeia de consumo ou um outro consumidor que tenha sido responsável diretamente pelo dano. É o caso da relação entre cliente e instituição financeira que mantenha sistema de *internet banking*, respondendo ela por movimentação indevida decorrente de fraude:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DÉBITOS EFETUADOS EM CONTA CORRENTE DO AUTOR, MOVIMENTAÇÃO MEDIANTE SERVIÇO DISPONIBILIZADO PELO BANCO VIA *INTERNET*. FRAUDE. DEVER DO BANCO INDENIZAR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL, 2010j).

Em decorrência da tomada de aplicação do Código de Defesa do Consumidor como fundamento decisório que são reconhecidas as cadeias de consumo - envolvendo agentes intermediários na relação entre internauta e mantenedora do sítio - com o estabelecimento de responsabilidade para esta mantenedora ainda que a falha do serviço tenha partido diretamente de outro agente intermediário da cadeia. Destaca-se o julgado:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ELETRÔNICO DE MEDIAÇÃO DE NEGÓCIOS. MERCADO LIVRE. OMISSÃO INEXISTENTE. FRAUDE. FALHA DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DO SERVIÇO. 1. Tendo o acórdão recorrido analisado todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia não se configura violação ao art. 535, II do CPC. 2. O prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecido ao consumidor. 3. O descumprimento, pelo consumidor (pessoa física vendedora do produto), de providência não constante do contrato de adesão, mas mencionada no site, no sentido de conferir a autenticidade de mensagem supostamente gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não é suficiente para eximir o prestador do serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada. 4. A estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido. (BRASIL, 2011n).

O Mercado Livre (2012) é um serviço que faz o intermédio das relações de compra e venda entre pessoas físicas ou jurídicas que exponham produto a venda e o consumidor. No julgado, reconheceu-se que se o *site* não tomou as providências devidas para evitar que o consumidor sofresse dano, se responsabilizaria por ele, independentemente de não ter sido o seu causador direto. Visualiza-se a solidariedade a cadeia de consumo, tradicional no direito do consumidor. O fundamento ético para tanto se encontra na condição de hipossuficiência do consumidor, que muitas vezes não tem conhecimentos técnico e fático suficientes para não ser

enganado na relação estabelecida com o fornecedor ou prestador de serviços, isto é, presente o elemento do tratamento desigual dos desiguais.

A elaboração do Código de Defesa do Consumidor foi um grande passo para a proteção da pessoa nas relações de consumo que estabeleça, respeitando-se a condição de hipossuficiente técnico daquele que adquire um bem ou faz uso de determinado serviço, enquanto consumidor. "Na conjuntura atual, percebe-se que a consciência coletiva já não admite teses contrárias à proteção dos consumidores" (RADLOFF, 2002, p. 17). Aliás, desenvolve Radloff (2002, p. 18):

mais do que nunca justifica-se a edição, fiscalização e manutenção de uma legislação que possa proteger a parte desigualmente considerada, assim porque hipossuficiente diante da "elite" representada pelo mega-mercado produtor e comercial que se impõe. É público e notório que existem ainda em nosso mundo contemporâneo focos deléveis de escravidão, sendo que, poder-se-á afirmar que das existentes atualmente, a escravidão econômica seja a mais cruel.

Outra temática que desponta nas relações de consumo envolve uma das principais fontes de lucro das empresas atuantes na rede mundial de computadores que é a publicidade. Afinal, "a mera propaganda já cria deveres e direitos numa provável relação de consumo, seja quando tenha caráter enganoso ou abusivo, seja quando prometa condições que vinculam o proponente" (MAZZILLI, 2011, p. 169). Quando uma mantenedora disponibiliza espaço para que alguém exponha um produto ou serviço à venda assume também a responsabilidade pela credibilidade da oferta, diante de seu dever de cuidado.

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANÚNCIO ERÓTICO FALSO PUBLICADO EM *SITES* DE CLASSIFICADOS NA *INTERNET*. DEVER DE CUIDADO NÃO VERIFICADO. SERVIÇOS PRESTADOS EM CADEIA POR MAIS DE UM FORNECEDOR. *SITE* DE CONTEÚDO QUE HOSPEDA OUTRO. RESPONSABILIDADE CIVIL DE TODOS QUE PARTICIPAM DA CADEIA DE CONSUMO. 1. No caso, o nome do autor foi anunciado em *sites* de classificados na *Internet*, relacionando-o com prestação de serviços de caráter erótico e homossexual, tendo sido informado o telefone do local do seu trabalho. O sítio da rede mundial de computadores apontado pelo autor como sendo o veiculador do anúncio difamante - *ipanorama.com* - é de propriedade da ré TV Juiz de Fora Ltda., a qual mantinha relação contratual com a denunciada, Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do portal *O Click*, que se hospedava no *site* da primeira ré e foi o disseminador do anúncio. Este último (*O Click*) responsabilizava-se contratualmente pela "produção de quaisquer dados ou informações culturais, esportivas, de comportamento, serviços, busca, classificados, webmail e outros serviços de divulgação". 2. Com efeito, cuida-se de relação de consumo por equiparação, decorrente de evento relativo a utilização de provedores de conteúdo na rede mundial de computadores, organizados para fornecer serviços em cadeia para os usuários, mediante a hospedagem do *site* "*O click*" no *site* "*ipanorama.com*".

3. Assim, a solução da controvérsia deve partir da principiologia do Código de Defesa do Consumidor fundada na solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços. Para a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de consumo, apura-se a responsabilidade de um deles, objetiva ou decorrente de culpa, caso se verifiquem as hipóteses autorizadoras previstas no CDC. A responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo, todavia, não decorre de seu agir culposo ou de fato próprio, mas de uma imputação legal de responsabilidade que é servil ao propósito protetivo do sistema. 4. No caso em apreço, o *site O click* permitiu a veiculação de anúncio em que, objetivamente, comprometia a reputação do autor, sem ter indicado nenhuma ferramenta apta a controlar a idoneidade da informação. Com efeito, é exatamente no fato de o veículo de publicidade não ter se precavido quanto à procedência do nome, telefone e dados da oferta que veiculou, que reside seu agir culposo, uma vez que a publicidade de anúncios desse jaez deveria ser precedida de maior prudência e diligência, sob pena de se cancelar o linchamento moral e público de terceiros. 5. Mostrando-se evidente a responsabilidade civil da empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do *site O click*, configurada está a responsabilidade civil da TV Juiz de Fora, proprietária do *site ipanorama.com*, seja por imputação legal decorrente da cadeia de consumo, seja por culpa *in eligendo*. 6. Indenização por dano moral arbitrada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). 7. Recurso especial provido. (BRASIL, 2012n1).

Não é possível uma sociedade de consumo sem publicidade, como se o binômio "sociedade de consumo-publicidade" fosse indissolúvel. Em decorrência de sua importância no mercado, surge a necessidade de que o fenômeno publicitário seja regido pelo Direito, em especial pela perspectiva da proteção do consumidor que é o ente vulnerável da relação jurídica de consumo. (GRINOVER; ET. AL., 2001, p. 123). No tocante aos *sites* de relacionamentos, o principal recurso para obtenção de lucro é justamente a publicidade porque embora nada seja cobrado do usuário do *site*, este adquire a qualidade de consumidor devido ao lucro que a mantenedora obtém com seu acesso. Deste modo, a condição de consumidor garante à pessoa uma vasta gama de direitos, além da garantia de facilitação da defesa em juízo. (GARCIA; SANTOS, 2012, p. 4478).

Por sua vez, outro problema que envolve a questão da publicidade pela rede mundial de computadores é o do seu uso abusivo, com remessa de inúmeras mensagens de *spam*.

INTERNET - ENVIO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS - SPAM - POSSIBILIDADE DE RECUSA POR SIMPLES DELETAÇÃO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. 1 - segundo a doutrina pátria "só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo". 2 - Não obstante o inegável incômodo, o envio de mensagens eletrônicas em

massa - *SPAM* - por si só não consubstancia fundamento para justificar a ação de dano moral, notadamente em face da evolução tecnológica que permite o bloqueio, a deleção ou simplesmente a recusa de tais mensagens. 3 - Inexistindo ataques a honra ou a dignidade de quem o recebe as mensagens eletrônicas, não há que se falar emnexo de causalidade a justificar uma condenação por danos morais. 4 - Recurso Especial não conhecido. (BRASIL, 2009f).

Contudo, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, principalmente às mantenedoras de páginas na rede que propiciam aos usuários a divulgação de seu pensamento, como as redes sociais, não é uma questão tão simples quanto aparenta. Afinal, a *Internet* é dotada de particularidades que impedem que as relações nela estabelecidas sejam tratadas da mesma forma que as demais relações no plano físico.

Neste sentido, por exemplo, tem-se entendido que não existe um dever de filtragem de conteúdo nas buscas realizadas por indexadores como o *Google*:

CIVIL E CONSUMIDOR. *INTERNET*. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da *Internet* sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de *Internet* ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar *links* onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na *web* onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a conseqüente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos *sites* de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88,

sobretudo considerando que a *Internet* representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da *web*, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido. (BRASIL, 2012o1).

No caso, ponderando-se entre o direito de acesso à informação da coletividade e o direito ao esquecimento de uma referência ou de um texto do passado (uma vez que aquela que hoje é apresentadora já foi uma modelo que inclusive pousou nua voluntariamente), o Superior Tribunal de Justiça optou pelo primeiro. Não obstante, fundamentou-se no obstáculo técnico para o indexador de selecionar os sítios nos quais o conteúdo fosse postado face ao intenso fluxo de informações. Caso houvesse interesse de bloqueio de um *site* específico, não caberia acionar o indexador, mas o mantenedor deste endereço eletrônico: o problema é que o intenso fluxo de informações dificulta que um conteúdo seja totalmente apagado da *Web*, mas se fosse possível bloquear o acesso pelo indexador já se dificultaria substancialmente que a informação fosse encontrada.

Em termos democráticos, o controle dos resultados de busca é uma política utilizada em países que adotam a censura à *Internet*. Por isso é tão complicado abrir precedentes para que ele seja efetuado. Por outro lado, o direito à informação tem sua vertente ética na possível construção do conhecimento e da cultura individual, não envolvendo a curiosidade sobre a vida alheia, de forma que é questionável neste ponto a decisão do Tribunal. Percebe-se o quão delicada pode ser uma ponderação de direitos fundamentais, essencial para a solução de casos como este nos quais as cláusulas gerais da legislação infraconstitucional apenas servem como ponto de partida e não como elemento fundante para o conteúdo da decisão.

Enquanto no caso anterior o julgado isolado não permite afirmar que os tribunais superiores já firmaram um entendimento a respeito da matéria, no tema que será discutido neste momento, qual seja o do dever das mantenedoras de fiscalização prévia do conteúdo postado, já há formação de jurisprudência afastando-o.

CIVIL E CONSUMIDOR. *INTERNET*. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO *SITE* PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA

DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA. 1. A exploração comercial da *Internet* sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de *Internet* ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo *mediante remuneração*, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na *Web* por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no *site* pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*. 7. A iniciativa do provedor de conteúdo de manter em *site* que hospeda rede social virtual um canal para denúncias é louvável e condiz com a postura esperada na prestação desse tipo de serviço - de manter meios que possibilitem a identificação de cada usuário (e de eventuais abusos por ele praticado) - mas a mera disponibilização da ferramenta não é suficiente. É crucial que haja a efetiva adoção de providências tendentes a apurar e resolver as reclamações formuladas, mantendo o denunciante informado das medidas tomadas, sob pena de se criar apenas uma falsa sensação de segurança e controle. 8. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2012p1).

Em outros julgados o teor é muito semelhante (BRASIL, 2011o; BRASIL, 2012q1), de modo que o Superior Tribunal de Justiça tem firmado o seguinte entendimento: a) não é risco inerente ao negócio responder por todos atos ilícitos praticados no âmbito de um *site* que propicia aos internautas um espaço para manifestação do pensamento; b) no entanto, é dever da mantenedora disponibilizar meios para identificar o autor do ilícito, sob pena de responder solidariamente, bastando para tanto fornecer o número de IP; c) recebendo informações sobre o conteúdo ilícito, deve tomar providências enérgicas para retirar o conteúdo do ar; d) assim, não basta propiciar mecanismo de denúncia, é preciso criar meios de identificação do internauta que causou o dano.

Uma pessoa que tem um direito fundamental violado não pode ser deixada a mercê da sorte para conseguir a reparação do dano. Quando uma empresa cria um aplicativo na rede

sabe que estará sujeita a determinadas responsabilidades, entre elas a de proporcionar que eventual ato ilícito cometido em seu âmbito seja apurado e reparado, sob pena dela mesma ter que fazê-lo. No entanto, o intenso fluxo de informações da rede mundial de computadores e o formato adotado nos *sites* que propiciam a livre manifestação do pensamento impedem que se exija uma fiscalização prévia de conteúdo. Sendo dever ético das empresas em geral diminuir as consequências do ato ilícito causado ainda que indiretamente por suas atividades, é devida a obrigação de remoção do conteúdo e identificação do causador do dano. Mesmo raciocínio se aplica às servidoras de *e-mail* e aos hospedeiros de *blogs*:

CIVIL E CONSUMIDOR. *INTERNET*. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CORREIO ELETRÔNICO (*E-MAIL*). FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DAS MENSAGENS ENVIADAS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM OFENSIVA. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. BLOQUEIO DA CONTA. DEVER. IDENTIFICAÇÃO DO USUÁRIO. INDICAÇÃO DO PROVEDOR DE ACESSO UTILIZADO. SUFICIÊNCIA. 1. A exploração comercial da *Internet* sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de *Internet* ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração", contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de correio eletrônico (*e-mail*) é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois propicia o envio de mensagens aos destinatários indicados pelos usuários, incluindo a possibilidade de anexar arquivos de texto, som e imagem. 4. A fiscalização prévia, pelo provedor de correio eletrônico, do conteúdo das mensagens enviadas por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra os dados e imagens encaminhados. 5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo enviadas pelo usuário via *e-mail* não constitui risco inerente à atividade dos provedores de correio eletrônico, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 6. Ao ser comunicado de que determinada mensagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor de correio eletrônico agir de forma enérgica, suspendendo a respectiva conta de *e-mail*, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 7. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de correio eletrônico ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*. 8. Por mais que se intitule um *site* de seguro, a *Internet* sempre estará sujeita à ação de *hackers*, que invariavelmente conseguem contornar as barreiras que gerenciam o acesso a dados e informações. Assim, a impossibilidade de identificação da pessoa responsável pelo envio de mensagem ofensiva não caracteriza,

necessariamente, defeito na prestação do serviço de provedoria de *e-mail*, não se podendo tomar por legítima a expectativa da vítima, enquanto consumidora, de que a segurança imputada a esse serviço implicaria a existência de meios de individualizar todos os usuários que diariamente encaminham milhões de *e-mails*. 9. Mesmo não exigindo ou registrando os dados pessoais dos usuários do *HOTMAIL*, a *MICROSOFT* mantém um meio suficientemente eficaz de rastreamento desses usuários, que permite localizar o seu provedor de acesso (esse sim com recursos para, em tese, identificar o IP do usuário), medida de segurança que corresponde à diligência média esperada de um provedor de correio eletrônico. 10. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL, 2012r1).

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. *INTERNET. BLOGS. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA. 1. A exploração comercial da *Internet* sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/90. 2. O fato do serviço prestado pelo provedor de serviço de *Internet* ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na *Web* por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no *site* pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*. 7. O montante arbitrado a título de danos morais somente comporta revisão pelo STJ nas hipóteses em que for claramente irrisório ou exorbitante. Precedentes. 8. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL, 2012s1).*

No caso dos *e-mails*, a vigilância prévia do conteúdo caracterizaria até mesmo dano à privacidade, razão pela qual é preciso se acostumar com eventuais mensagens incômodas ou ofensivas para proteger esta esfera fundamental dos direitos individuais. No caso dos *blogs*, o

raciocínio se assemelha ao aplicado às redes sociais, posto que o fluxo de informações também dificulta o controle imediato e prévio, mas aquele que hospeda um *blog* deve tomar providências para identificar o internauta que manifeste-se por ele.

Dentro da temática abordada, considerado o dever de remoção do conteúdo ofensivo com presteza e eficácia para diminuir os efeitos do dano, destacam-se discussões a respeito do prazo para que esta atitude seja tomada pela mantenedora:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. REGISTRO DE NÚMERO DO IP. DANO MORAL. NÃO RETIRADA EM TEMPO RAZOÁVEL. 1. Na linha dos precedentes desta Corte, o provedor de conteúdo de *Internet* não responde objetivamente pelo conteúdo inserido pelo usuário em sítio eletrônico, por não se tratar de risco inerente à sua atividade. Está obrigado, no entanto, a retirar imediatamente o conteúdo moralmente ofensivo, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano. Precedentes. 2. No caso dos autos o Tribunal de origem entendeu que não houve a imediata exclusão do perfil fraudulento, porque a Recorrida, por mais de uma vez, denunciou a ilegalidade perpetrada mediante os meios eletrônicos disponibilizados para esse fim pelo próprio provedor, sem obter qualquer resultado. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2012t1).

RESPONSABILIDADE CIVIL. *INTERNET*. REDES SOCIAIS. MENSAGEM OFENSIVA. CIÊNCIA PELO PROVEDOR. REMOÇÃO. PRAZO. 1. A velocidade com que as informações circulam no meio virtual torna indispensável que medidas tendentes a coibir a divulgação de conteúdos depreciativos e aviltantes sejam adotadas célere e enfaticamente, de sorte a potencialmente reduzir a disseminação do insulto, minimizando os nefastos efeitos inerentes a dados dessa natureza. 2. Uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 3. Nesse prazo de 24 horas, não está o provedor obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso. 4. O diferimento da análise do teor das denúncias não significa que o provedor poderá postergá-la por tempo indeterminado, deixando sem satisfação o usuário cujo perfil venha a ser provisoriamente suspenso. Cabe ao provedor, o mais breve possível, dar uma solução final para o conflito, confirmando a remoção definitiva da página de conteúdo ofensivo ou, ausente indício de ilegalidade, recolocando-a no ar, adotando, nessa última hipótese, as providências legais cabíveis contra os que abusarem da prerrogativa de denunciar. 5. Recurso especial a que se nega provimento. (BRASIL, 2012u1).

No primeiro julgado, falou-se em remoção imediata, isto é, tão logo feito o pedido por aquele que se sentiu lesado; no segundo, estabelece-se o prazo de 24 horas. Ambos são considerados exíguos pelas mantenedoras atuantes na rede, que argumentam que seria preciso

ouvir o internauta que postou o conteúdo sob pena de incorrer em censura à liberdade de expressão. O argumento não parece merecer amparo porque o intenso fluxo de informações da rede implica numa dificuldade crescente de remoção de conteúdo quanto maior o tempo que ele fique no ar, além do que é possível suspender este conteúdo para apurar sua licitude e fazê-lo voltar ao ar caso a denúncia apresentada não mereça acolhimento.

Por fim, há entendimento no sentido de que o internauta que denuncie violação de seus direitos para uma mantenedora da rede não precisa fazer indicações precisas dos links nos quais as ofensas foram postadas, sendo esta uma responsabilidade técnica de quem se beneficia da ampla liberdade de acesso dos internautas (BRASIL, 2011p).

Variadas são as decisões sobre a responsabilidade civil das empresas atuantes na rede mundial de computadores, geralmente exigindo um exercício delicado de interpretação que considere a necessidade de proteção de todos os direitos humanos fundamentais e as peculiaridades da *Internet* que implicam numa releitura destes, adaptando-os ao contexto tecnológico. A tendência é que a cada aplicação que surja na rede venha um novo conflito que exija este raciocínio por parte do Judiciário, posto que o dinamismo se adapta à flexibilização jurídica. Por isso, é importante que tais decisões se baseiem em ditames éticos constitucionais, mais do que vê-las uniformizadas numa legislação específica que dificilmente será taxativa e plenamente satisfatória. Com cláusulas abertas e ponderação de princípios constitucionais é possível tornar o Direito sempre adequado aos anseios sociais, sem perder de vista preceitos éticos tradicionais, independentemente do quanto a tecnologia evolua.

4.2.3.6 Entre a liberdade e a segurança jurídica

No último tópico deste trabalho pretende-se demonstrar como a ponderação de interesses entre liberdade e segurança jurídica também tem sido efetuada pelo Poder Judiciário, nem sempre isenta de críticas. Ainda assim, de uma maneira geral fica perceptível que o Estado não enxerga a rede mundial de computadores como um espaço totalmente autônomo, aplicando para os atos ilícitos que naturalmente produzem efeitos em sua ordem organizada as mesmas sanções tradicionais.

No caso seguinte, foi mantida a prisão preventiva de um internauta que praticava inúmeras fraudes financeiras pela rede mundial de computadores. Não se pode tolerar que a liberdade na *Internet* seja tomada como um salvo-conduto para práticas dignas de repressão, como as violações ao direito de propriedade e segurança.

INTERNET - PRISÃO PREVENTIVA - PRESENÇA DOS REQUISITOS - MANUTENÇÃO - CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - ACÓRDÃO - MATÉRIA DE MÉRITO QUE REFOGE AO PRESENTE PEDIDO - ORDEM DENEGADA. I. A decisão que determina a prisão preventiva, assim como o Acórdão que a confirma, devem, obrigatoriamente, demonstrar os pressupostos e motivos autorizadores elencados no Código de Processo Penal, de modo a justificar a necessidade da medida restritiva de liberdade, nos termos da Constituição da República. II. Afasta-se o cerceamento de defesa se a sentença e o Acórdão responderam fundamentadamente às teses apresentadas. III. Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, a primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita do paciente não são aptos a revogá-la. IV. A matéria de mérito não pode ser examinada no âmbito do *habeas corpus*, que não comporta dilação probatória, nem permite aprofundamento nas provas colhidas. V. Ordem denegada. (BRASIL, 2007f).

Nem os próprios internautas pretendem que a liberdade garantida no ciberespaço seja maior que a liberdade assegurada na Constituição Federal. Ou seja, busca-se liberdade, mas limitada pela ética, consolidando a verdadeira autonomia da vontade. Existem contextos em que a liberdade propiciada pelos recursos tecnológicos foi ampliada, a exemplo da liberdade de acesso à informação face aos direitos patrimoniais do autor, casos em que é necessária uma postura diferenciada na readequação dos limites destes direitos fundamentais. No entanto, a prática de violações claras e altamente lesivas a bens jurídicos relevantes não merece guarita sob o argumento de uma liberdade na rede. Além disso, como visto exaustivamente neste trabalho, mesmo que predomine a autodisciplina na ordem social autônoma do ciberespaço não é possível fazê-la subsistir de maneira saudável sem uma coexistência equilibrada com a ordem organizada do Direito.

Entre as polêmicas que despontam entre liberdade, segurança jurídica e privacidade destaca-se a do sigilo das comunicações, assunto já esboçado quando do estudo do Projeto de Lei n. 2.126/11 no tópico 4.2.2. Em termos de Poder Judiciário, poucas foram as provocações a respeito, mas foi possível encontrar um julgado decidindo pela ausência de sigilo das comunicações em salas de bate-papo:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* . PENAL. ART. 241. *INTERNET*. SALA DE BATE PAPO. SIGILO DAS COMUNICAÇÕES. INVIABILIDADE. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. A conversa realizada em "sala de bate-papo" da *Internet*, não está amparada pelo sigilo das comunicações, pois o ambiente virtual é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais. 2. O trancamento do inquérito policial em sede de recurso em *habeas corpus* é medida excepcional, somente admitida quando constatada, *prima facie*, a atipicidade da conduta ou a negativa de autoria. 3. Recurso que se nega provimento, com a recomendação de que o juízo

monocrático determine a realização imediata da perícia requerida pelo *parquet* nos autos, sob pena de trancamento da ação penal. (BRASIL, 2006c)

Nestas salas de bate-papo um grande número de internautas que muitas vezes nem se conhecem transitam entre ambientes de conversas informais, total ou parcialmente abertos, havendo assim um caráter relativamente público para as informações postadas nestas salas. É diferente de uma videoconferência entre poucas pessoas ou do uso de um programa de troca de mensagens com pessoas geralmente conhecidas, individualizadas e previamente aceitas pelo usuário, como Messenger e *chats* fechados de redes sociais. Nestes exemplos, o sigilo das comunicações se faz presente, tanto que afirmou-se anteriormente que não seria o caso de armazenar o conteúdo das conversas, mas apenas a sua realização. Por sua vez, em páginas total ou parcialmente públicas predomina o exercício moderado da liberdade de expressão, sem salvaguarda do anonimato e sem a permissão de prática de atos ilícitos. Neste sentido, correta a decisão do Superior Tribunal de Justiça ao decidir pela licitude da prova retirada do teor de uma conversa em sala de bate-papo. Trata-se de outro exemplo de como o Judiciário pode decidir com razoabilidade sem restringir ou ampliar em excesso as liberdades garantidas na rede mundial de computadores, permitindo seu exercício moderado e crescentemente ético.

O último julgado que é discutido neste trabalho prima por debater a transposição do princípio da dignidade da pessoa humana para as relações jurídico-sociais no ciberespaço:

PROCESSUAL CIVIL. *ORKUT*. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BLOQUEIO DE COMUNIDADES. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. INTERNET E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. *ASTREINTES*. ART. 461, §§ 1º e 6º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. 1. Hipótese em que se discutem danos causados por ofensas veiculadas no *Orkut*, ambiente virtual em que os usuários criam páginas de relacionamento na *Internet* (= comunidades) e apõem (=postam) opiniões, notícias, fotos etc. O Ministério Público Estadual propôs Ação Civil Pública em defesa de menores - uma delas vítima de crime sexual - que estariam sendo ofendidas em algumas dessas comunidades. 2. Concedida a tutela antecipada pelo Juiz, a empresa cumpriu as determinações judiciais (exclusão de páginas, identificação de responsáveis), exceto a ordem para impedir que surjam comunidades com teor semelhante. 3. O Tribunal de Justiça de Rondônia reiterou a antecipação de tutela e, considerando que novas páginas e comunidades estavam sendo geradas, com mensagens ofensivas às mesmas crianças e adolescentes, determinou que o Google Brasil as impedisse, sob pena de multa diária de R\$ 5 mil, limitada a R\$ 500 mil. 4. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC. No mérito, o Google impugna a fixação das *astreintes*, suscitando ofensa ao art. 461, §§ 1º e 6º, do CPC ao argumento de sua ineficácia, pois seria inviável, técnica e humanamente, impedir de maneira prévia a criação de novas comunidades de mesma natureza. No mais, alega que vem cumprindo as determinações de excluir as páginas indicadas pelo MPE e identificar os responsáveis. 5. A *Internet* é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e infenso à responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer. 6. No mundo real, como no virtual, o

valor da *dignidade da pessoa humana* é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmutar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro. 7. Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na *Internet* é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos *direitos da personalidade* de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais mezinhos da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual. 8. Essa co-responsabilidade - parte do compromisso social da empresa moderna com a sociedade, sob o manto da excelência dos serviços que presta e da merecida admiração que conta em todo mundo - é aceita pelo *Google*, tanto que atuou, de forma decisiva, no sentido de excluir páginas e identificar os gângsteres virtuais. Tais medidas, por óbvio, são insuficientes, já que reprimir certas páginas ofensivas já criadas, mas nada fazer para impedir o surgimento de outras tantas, com conteúdo igual ou assemelhado, é, em tese, estimular um jogo de Tom e Jerry, que em nada remedia, mas só prolonga, a situação de exposição, de angústia e de impotência das vítimas das ofensas. 9. O Tribunal de Justiça de Rondônia não decidiu conclusivamente a respeito da possibilidade técnica desse controle eficaz de novas páginas e comunidades. Apenas entendeu que, em princípio, não houve comprovação da inviabilidade de a empresa impedi-las, razão pela qual fixou as *astreintes*. E, como indicado pelo Tribunal, o ônus da prova cabe à empresa, seja como depositária de conhecimento especializado sobre a tecnologia que emprega, seja como detentora e beneficiária de segredos industriais aos quais não têm acesso vítimas e Ministério Público. 10. Nesse sentido, o Tribunal deixou claro que a empresa terá oportunidade de produzir as provas que entender convenientes perante o juiz de primeira instância, inclusive no que se refere à impossibilidade de impedir a criação de novas comunidades similares às já bloqueadas. 11. Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2010k).

O acórdão deixou claro que a *Google* somente se esquivaria da responsabilidade se demonstrasse de maneira absoluta a inviabilidade técnica e pessoal de controlar a criação de páginas, mencionando que tal serviço é desempenhado pela empresa em países como a China. Alguns, e inclusive a *Google*, poderiam alegar que tal controle consistiria em indevida ingerência na liberdade de expressão. Contudo, no conflito liberdade de expressão e preservação dos direitos da personalidade, parece que a dignidade da pessoa humana baliza a favor dos últimos.

O aspecto técnico do acórdão que mais chama a atenção é o de que ele não utilizou uma regra específica do ordenamento jurídico para decidir a questão, fundando-se basicamente em princípios. Lançando base do princípio da dignidade da pessoa humana, inerente às crianças e aos adolescentes que estavam sendo vítimas da constante criação de páginas com teor semelhante, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de uma responsabilidade das mantenedoras das redes sociais, conforme item 7, qual seja: quem viabiliza e estimula a criação de páginas é tão responsável pela manutenção do conteúdo

quando os usuários cadastrados, não só devendo retirar conteúdos ofensivos do ar, mas impedi-los de chegar na rede. Reforçando o fundamento da responsabilidade, foi utilizado o princípio da função social da empresa. Percebe-se uma diferença em relação ao que em se entendido no Superior Tribunal de Justiça a respeito do dever de fiscalização prévia do conteúdo. No entanto, é preciso ter em vista que neste caso as ofensas eram proferidas contra crianças e adolescentes, além de diuturnamente postadas pelos ofensores, de modo que a exclusão do conteúdo ofensivo não estava sendo suficiente para assegurar a preservação da dignidade das menores lesadas.

A justificativa para a utilização destes fundamentos é a de que o Poder Judiciário se viu na impossibilidade de usar uma regra específica, pois no ordenamento jurídico não há normatização acerca dos deveres inerentes às mantenedoras dos *sites* de relacionamentos. Não restou alternativa senão fundamentar-se nos princípios balizadores do Direito, notadamente no tocante às empresas e pessoas atingidas pelas relações jurídico-sociais dela decorrentes.

Contudo, isto não pode ser tomado de forma negativa, por fundamentos antes relatados e que neste momento são lembrados: a) o dinamismo da rede praticamente impossibilita uma regulamentação rigorosa de seus conflitos, esbarrando na falta de aceitação social, na constante desatualização legislativa e nas particularidades técnicas da *Web*; b) se já há provas de que o excesso legislativo em certos pontos de discussão tem sido mais prejudicial do que benéfico, porque não admitir que na rede mundial de computadores uma aplicação mais flexível do Direito será mais eficaz; c) o contexto do pós-positivismo, conferindo força normativa aos princípios, deixa claro que a nova era do Direito tende a ser cada vez mais dinâmica, exigindo dos operadores do Direito uma constante adaptação aos julgamentos baseados nas mais tradicionais regras éticas, tanto morais quanto jurídicas.

Se promovida uma interpretação que preserve os fundamentos constitucionais é possível garantir a adequação da conduta de cada interlocutor, conforme a vontade geral preordenada e não as manifestações atribuídas ao Legislativo porque, de acordo com a Constituição, o Judiciário não estará promovendo escolhas, mas exigindo o cumprimento de prévias opções constitucionais (MACHADO, 2012, p. 119).

A segurança jurídica - e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido - sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, de lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido. [...] É preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação

principlológica, fundada em valores, na ética e na razão possível. (BARROSO, 2009, p. 308-319).

Considerados estes aspectos, que justificam a decisão em estudo, faz-se o questionamento: foi realizada mera interpretação ou efetivo ativismo judicial? Pensa-se que se o acórdão tivesse se limitado a obrigar a *Google* a excluir páginas ofensivas da rede, algo inerente à sua obrigação legal sob pena de corroborar a prática de um ato ilícito, haveria simples interpretação extensiva do artigo 186 do Código Civil, como nos casos elencados no tópico anterior. No entanto, criou-se uma nova obrigação legal para a empresa *Google*, sem a utilização de uma regra de apoio no ordenamento jurídico, pois não existe nada já previsto com teor semelhante (seria como um dever legal da empresa de impedir uma atitude de alguém que possa causar dano a outrem, não meramente indenizar e reparar dano causado). Por isso, entende-se que o acórdão foi responsável pela realização de ativismo judicial, o que se evidencia pela utilização exclusiva de princípios enquanto base fundamentadora.

Tendo em vista a utilização destes, nota-se a presença de um ativismo revelador. Evidente que a decisão no sentido de reconhecer uma nova obrigação legal não partiu do nada e até mesmo se justifica se o pensamento se voltar para o dever de garantia dos direitos fundamentais (hoje numa tendência para a eficácia horizontal, ou seja, para a transferência ao âmbito dos particulares de tal dever), de respeito à função social da empresa (algo cada vez mais necessário no mundo globalizado e em constante degradação) e, acima de tudo, de preservação à dignidade da pessoa humana.

Aduz Barroso (2009, p. 382):

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, independente 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.

O ativismo revelador voltado a alguns casos de lacunas de regulamentação da *Internet*, notadamente quando baseado em fundamentos constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, é benéfico, conferindo forças aos tradicionais fundamentos éticos do Direito, que foram estudados desde o início nesta pesquisa.

Não se fala em um invencionismo e nem mesmo na criação de regras de conduta ao livre arbítrio do julgador, mas sim na construção de um pensamento razoável e flexível apto a atender os interesses da sociedade informatizada, dotada de peculiaridades que se mostram compatíveis com um raciocínio hermenêutico constitucional contemporâneo.

4.3 Da interação entre público e privado

A título de encerramento do capítulo, vale efetuar uma abordagem em separado a respeito da importância da interação entre o público e o privado. Nesta seara se enquadram entidades do terceiro setor, notadamente organizações não governamentais, além dos Conselhos vinculados ao Estado que possuam cadeiras ocupadas por membros de instituições estatais diversas e particulares.

Em termos éticos, é importante integrar o setor público com o privado porque o dever de preservação dos preceitos éticos é de todos os entes sociais, não somente do Estado, e quanto mais estes setores estiverem interligados melhor. Com efeito, tal interação é importante quando o tópico em discussão é a autodisciplina na *Internet* porque o seu incentivo e a sua preservação dependem mais de atitudes preventivas do que repressivas, as quais podem ser tomadas por todos entes sociais, como visto ao longo deste trabalho.

Entretanto, existem determinadas formas de estruturas que permitem integrar de uma maneira diferente da até então abordada os setores público e privado, seja por mecanismos do direito administrativo que permitem parcerias e incentivos entre tais setores, seja pela criação de espaços para que o particular participe diretamente das decisões políticas de certa área, notadamente por meio de Conselhos.

Na esfera dos mecanismos de parceria entre público e privado para execução de atividades se enquadra a temática dos serviços públicos. Objetivamente, serviço público é uma atividade prestada pelo Estado e seus agentes, podendo ser executada ou não diretamente por eles (CARVALHO FILHO, 2010, p. 347). Assim, serviço público é "[...] toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade" (CARVALHO FILHO, 2010, p. 350). Os serviços delegáveis podem ser prestados por particulares em colaboração, logo, não se delega o serviço em si, mas a sua mera execução.

Nesta linha, há os regimes de parceria, caracterizados pela aliança entre o Poder Público e as entidades privadas, levando serviços à população. A parceria é firmada com pessoas de direito privado e da iniciativa privada, isto é, nas quais o Estado não interfere em termos estruturais. A elas incumbe executar serviços e atividades que beneficiem a coletividade, atuação qualificada como função delegada do Poder Público. São denominadas como entidades do terceiro setor, pois não são nem os entes federados (primeiro setor) e nem as pessoas que executam a administração indireta e descentralizada (segundo setor), mas sim um agrupamento de entidades responsáveis pelo desenvolvimento de novas formas de

prestação de serviços públicos. O terceiro setor é resultado de iniciativas da sociedade civil, através de pessoas de atuação voluntária, associações e organizações não governamentais, visando executar funções eminentemente sociais sem fins lucrativos. Nesta seara também se enquadram as Organizações Sociais - OS e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, espécies de organizações não governamentais que preenchem requisitos específicos (CARVALHO FILHO, 2010, p. 382-388).

A respeito das organizações não governamentais, é possível que o foco seja educação, saúde, cultura, comunidade, apoio à criança e ao adolescente, voluntariado, meio ambiente, apoio a portadores de deficiências, parcerias com o governo, entre outros (TACHIZAWA, 2010, p. 08). "As motivações alegadas para a criação de uma instituição formal são diversas, mas coincidem nas ideias de autonomia, flexibilidade organizativa e profissionalização que a fórmula ONG evoca" (TACHIZAWA, 2010, p. 13).

No direito eletrônico existem algumas iniciativas integrando o público e o privado na rede mundial de computadores. Talvez a iniciativa mais bem sucedida até o momento seja a da Organização Não Governamental Safernet (2013):

A SaferNet Brasil é uma associação civil de direito privado, com atuação nacional, sem fins lucrativos ou econômicos, sem vinculação político partidária, religiosa ou racial. Fundada em 20 de dezembro de 2005 por um grupo de cientistas da computação, professores, pesquisadores e bacharéis em Direito, a organização surgiu para materializar ações concebidas ao longo de 2004 e 2005, quando os fundadores desenvolveram pesquisas e projetos sociais voltados para o combate à pornografia infantil na Internet brasileira.

Naquela época, era urgente a necessidade de oferecer uma resposta eficiente, consistente e permanente no Brasil para os graves problemas relacionados ao uso indevido da *Internet* para a prática de crimes e violações contra os direitos humanos. Aliciamento, produção e difusão em larga escala de imagens de abuso sexual de crianças e adolescentes, racismo, neonazismo, intolerância religiosa, homofobia, apologia e incitação a crimes contra a vida e maus tratos contra animais já eram crimes cibernéticos atentatórios aos direitos humanos presentes na rede. [...]

Logo que foi criada, a SaferNet Brasil se consolidou como entidade referência nacional no enfrentamento aos crimes e violações aos direitos humanos na *Internet*, e tem se fortalecido institucionalmente no plano nacional e internacional pela capacidade de mobilização e articulação, produção de conteúdos e tecnologias de enfrentamento aos crimes cibernéticos e pelos acordos de cooperação firmados com instituições governamentais, a exemplo do Ministério Público Federal.

Por meio do diálogo permanente, a SaferNet Brasil conduz as ações em busca de soluções compartilhadas com os diversos atores da Sociedade Civil, da Indústria de *Internet*, do Governo Federal, do Ministério Público Federal, do Congresso Nacional e das Autoridades Policiais.

Uma alternativa de aproximação entre público e privado é a criação de Conselhos. Na verdade, os Conselhos se tornaram uma tendência jurídica, em especial devido ao espaço de destaque tomado pelo Conselho Nacional de Justiça.

O Conselho Nacional de Justiça é um órgão que foi criado para reformular quadros e meios de atuação do Poder Judiciário, promovendo transparência administrativa e processual. Foi criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional. Em sua visão, pretende ser um instrumento efetivo de desenvolvimento do Poder Judiciário. (BRASIL, 2013a). Nos termos do artigo 103-B da Constituição Federal, o Conselho Nacional de Justiça é composto por representantes do Poder Judiciário em diversos âmbitos, mas também por membros de outras instituições como o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil, além de dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal (BRASIL, 2012a). Com efeito, a participação de pessoas comuns da sociedade permite uma maior interação entre os interesses do setor público com os do privado, consolidando um dos ditames da democracia participativa.

Ainda não existe um Conselho próprio que vise tratar de questões conexas à rede mundial de computadores e seus conflitos de interesses. Contudo, o Comitê Gestor da *Internet* no Brasil é composto não somente por pessoas vinculadas ao Estado, mas também por membros do setor empresarial, do terceiro setor e da comunidade acadêmica (BRASIL, 2013b), razão pela qual se aproxima de um modelo aconselhador que integre Estado e particulares na área dos conflitos na *Internet*.

É possível sustentar expectativas futuras de que as boas parcerias entre o terceiro setor e o Estado sejam constantes e que os particulares se interessem cada vez mais em contribuir neste processo, bem como que seja criado um Conselho próprio que contribua para a preservação e o incentivo da autodisciplina na rede mundial de computadores o qual seja integrado por membros vinculados ao Estado e à sociedade civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ética desponta através dos tempos enquanto elemento comum das variadas civilizações, com nuances para adequá-la às constantes diversas, mas também tendo determinados elementos fundantes que se propagam, de onde se denota que há uma base comum ao conceito de ética revisada em cada período de ruptura constitucional.

Aprofundando, podem ser estabelecidos alguns valores base para o agir ético: a) é preciso buscar a felicidade como bem maior, mas ela sempre se relacionará com a virtude, logo, o homem não será feliz se não agir eticamente; b) o agir conforme as virtudes humanas em geral, como a prudência, a temperança, a liberalidade, a fortaleza, a bondade, a caridade e o respeito, produz ações éticas; c) em regra, o uso do equilíbrio determinará o melhor modo de agir, não sendo necessário enumerar taxativamente as virtudes humanas necessárias, bastando se atentar para o elemento racional inerente a todos os homens; d) cabe ao homem agir em relação ao outro da mesma maneira com a qual gostaria de ser tratado, ou seja, com respeito e consideração; e) não é ético utilizar-se de meios ilícitos, ainda que para atingir uma finalidade boa, assim como não cabe utilizar o argumento da proteção de direitos individuais para garantir a impunidade pela violação de direitos de terceiros; f) é preciso buscar fazer o bem na sociedade, adotando uma postura participativa e preventiva em relação aos direitos fundamentais, posto que mesmo quando uma pessoa só causa mal diretamente a si mesma poderá movimentar desnecessariamente a máquina estatal ou causar prejuízos indiretos a outros; g) a lei ética deverá ser justa, tanto na produção da lei moral quanto na construção da norma jurídica, cabendo à sociedade participar buscando a sua aplicação; h) é preciso lutar pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pela preservação do bem comum e dos valores éticos em sociedade; i) o Direito justo adota a ética como elemento de validade para as normas jurídicas, inclusive constitucionais, não sendo possível convalidar atos antiéticos sob o argumento de que a lei foi cumprida; j) assim, o Direito deve ser justo e produzir o bem nas pessoas, sendo a coação utilizada em raros casos, garantindo o exercício de uma liberdade ampla e ao mesmo tempo moderada.

Tomando os momentos históricos colacionados no primeiro capítulo, nota-se que em certos períodos como o da Grécia antiga ou o da República romana ou, talvez principalmente, o do Cristianismo não havia a pretensão de excluir a divindade do arcabouço teórico prevalente em sociedade, ainda que os modelos adotados variassem entre o politeísmo e o monoteísmo. Nestes momentos que conceitos como o de lei natural e de moralidade enquanto

elemento intrínseco à razão humana foram mais visados, fundamentando teorias como um todo. Por sua vez, em situações nas quais se pretendeu colocar o Estado como uma entidade superior e o seu líder como administrador da razão humana, Deus foi relegado a uma posição teórica menos relevante, por exemplo, no Renascimento e no período de guerras com fundamento jurídico no positivismo. Mesmo no Iluminismo, embora o foco saísse da figura do soberano, não se perdia a posição do homem como centro do universo, ou seja, como entidade totalmente independente do divino. Ainda assim, não era possível negar a existência dos elementos éticos como impulsionadores da melhor ação do homem e como fundamentos para um Direito mais justo.

O período pós-guerra propiciou uma releitura dos tradicionais elementos éticos, retomando conceitos como bem comum e direitos naturais, transpondo-os para a legislação vigente. A elaboração de documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 consolidam estes valores éticos que se propagaram através dos tempos, conferindo-os um caráter de estabilidade em toda ordem jurídica que possa se considerar democrática.

Efetuada a incorporação do conteúdo destes documentos internacionais aos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito numa posição de destaque, sendo a pessoa humana considerada mais importante que a estrutura estatal numa ordenação sistemática de normas, a exemplo do que ocorreu na Constituição Federal de 1988, muito se ganhou em termos de perspectivas éticas. No entanto, foi um longo caminho até que o teor destes documentos deixasse de ser considerado mera fonte de diretriz para as ações e decisões estatais, sempre e necessariamente corroboradas por disciplina infraconstitucional, e passasse a ser dotado de autonomia normativa.

Assim, o reconhecimento da força normativa dos princípios dentro de uma teoria de neoconstitucionalismo, bem como a adoção de outros fundamentos reflexos desta nova visão do direito constitucional, por exemplo, o reconhecimento do arcabouço moral integrante dos direitos fundamentais e a convalidação das teorias de eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais, propiciaram uma reaproximação sem precedentes entre o Direito e o seu elemento axiológico base que é o *justo*.

Logo, no contexto jurídico que tem se firmado atualmente, cada vez mais Direito e Ética se entrelaçam, de modo que as condutas morais esperadas de toda pessoa que vive em sociedade tendem a ser crescentemente compatíveis com o que a legislação e, principalmente, as decisões judiciais estabelecem. Em outras palavras, agir conforme a Moral é equivalente a agir conforme o Direito, posto que ambos são componentes de uma única Ética.

Inegável que os conceitos inerentes ao Direito estão em constante transformação, atualizando-se diante das novas perspectivas sociais. Por isso, o processo de interpretação deve ser constantemente atualizado, efetuando uma nova busca axiológica que alie as necessidades presentes com os valores tradicionalmente consagrados. Neste sentido, os direitos humanos fundamentais adquirem nova roupagem através dos tempos.

Geralmente, o processo de atualização dos direitos humanos fundamentais não envolve a elaboração de novas declarações expressas, mas a simples releitura de diretrizes anteriormente elaboradas. Justamente, é o que acontece com o Direito adequado à era da informatização porque de uma maneira genérica há simples viabilização do exercício real e maximizado dos direitos de liberdade, consagrados na primeira dimensão de direitos.

Por exemplo, até o surgimento da *Internet* não existiu um meio de comunicação que possibilitasse o exercício dos direitos de liberdade de maneira maximizada. O mesmo vale para a privacidade: muito mais fácil garantir o direito de proteção à privacidade quando a intimidade e a vida privada estão restritas à vida social concreta, no trabalho e em casa, sem que existam meios de ingressar nessas esferas de direito de maneira despercebida. Nas ofensas ao direito de personalidade também ocorreu uma maximização da necessidade de proteção, diante do efeito potencializador para as ofensas propagadas pela rede. Ainda, violar o direito de propriedade intelectual não era fácil quando não existiam os gravadores de CDs, sites de *download*, mecanismos para leitura de *e-books*, mas a tecnologia transformou cada proprietário de um computador em um copiador potencial. Esses são alguns exemplos que permitem afirmar: a sociedade globalizada, com a *Internet*, se deparou pela primeira vez com a possibilidade concreta de violação em larga escala de direitos humanos fundamentais previamente estabelecidos, não propriamente com uma nova dimensão destes direitos.

Já de início, no segundo capítulo, foi possível perceber que a *Internet* não encontra precedentes numa evolução das mídias de comunicação porque é dotada de particularidades que não se faziam presentes nestas, como a de possibilitar um acesso a um conteúdo infinito e praticamente irrestrito de informações e, principalmente, recursos não onerosos e de fácil utilização para a manifestação do pensamento. A percepção disto já leva ao questionamento sobre as perspectivas que a era da informatização trouxe e ainda está por trazer.

Talvez tudo se resuma num binômio um tanto quanto inusitado: se, por um lado, a rede mundial de computadores dificulta o controle a respeito das informações que nela circulam devido ao intenso fluxo de informações; por outro lado, cria recursos para que - se má utilizada - os indivíduos sejam vigiados e manipulados, por exemplo ao possibilitar o armazenamento de registros.

As obras *Admirável Mundo Novo* e *1984* permitiram compreender o viés negativo que pode estar por trás dos movimentos de evolução tecnológica. Na primeira, a massificação, a perda da humanidade e a morte do pensamento crítico caracterizam uma sociedade em que homens são tratados e programados como máquinas. Na segunda, o medo e a sede insaciável pelo poder constroem um mundo em que pensar se torna crime, transformando mesmo a nata da sociedade em uma massa incapaz de pensar por si mesma. E se a literatura permite vislumbrar perspectivas futuras ou conferir um novo foco a acontecimentos passados, mesmo que brincando com a magia que o lirismo proporciona no imaginário coletivo, é preciso ficar atento para que as experiências humanas sejam o mais positivas possíveis.

A assimilação social da *Internet* tem ocorrido de maneira vertiginosa, muitas vezes sem se atentar para o fato de que ela pode, se mal utilizada, gerar um processo de despersonalização e massificação. Evitar isto é algo que está nas mãos dos agentes humanos que a utilizam, pois a estrutura da rede mundial de computadores somente é movimentada por eles, logo, determinarão as consequências dos atos por eles praticados - diretamente, num exercício de autodisciplina, ou indiretamente, por seus representantes nas atividades estatais.

A evolução tecnológica precisa ser incorporada de modo a melhorar a vida das pessoas, notadamente permitindo recursos que facilitem e ampliem as possibilidades de exercício de direitos naturalmente assegurados. São raros os momentos na história em que surge uma técnica capaz de provocar uma intensa modificação na estrutura social, sendo fundamental dar muita atenção a eles. Técnicas com estas aptidões são dotadas de características que em conjunto formam uma possibilidade concreta de alterações na convivência social, desenrolando funções a acontecimentos cotidianos de forma diversa da usual, gerando assim uma transição de eras.

Como asseverado no presente trabalho, estas particularidades podem ser divididas em dois grupos: o primeiro de cunho mais técnico, correspondendo à estruturação da rede, formado pelos elementos do fluxo de informações intenso e mutável e da desterritorialização; o segundo de caráter social, refletindo particularidades que só nasceram devido ao modo de recepção da tecnologia pela sociedade, integrado pelos diversos modos de utilização e pela ampliação da autonomia e da liberdade do usuário.

Tomando por base que estes grupos de peculiaridades da *Internet* permitiram que a era da informatização se consolidasse, normal que propiciem implicações jurídico-sociais relevantes. Afinal, a sociedade deparada com novos contextos, de um lado positivo os recebe e torna a convivência em seu seio mais fácil, mas de um lado negativo é confrontada com novas vertentes para os tradicionais conflitos de interesses.

O dinamismo da rede mundial de computadores ora perceptível no arcabouço de suas características fundamentais implica na necessidade de uma leitura diferenciada dos conflitos de interesses que surjam em seu ambiente. Se geralmente quando surge algum conflito relevante no plano físico da vida social o modo de interferência adotado é o da elaboração de legislação específica, a constante mudança de paradigmas na era digital exige um Direito efetivo dotado de flexibilização, priorizando cláusulas gerais e soluções hermenêuticas.

A primeira consequência disso se refere ao conteúdo das diretrizes de ação esperadas na solução destes conflitos, posto que Direito e Moral são substancialmente aproximados, sendo idêntica a resposta ética para situações que se mantenham restritas aos particulares ou que sejam levadas ao Estado para manifestação. Isto só não se verifica em situações em que as regras esperadas no grupo social possuem mais um caráter costumeiro do que moral, uma vez que o Direito não tem interesse de interferir em casos de ausência de violação de bens jurídicos relevantes.

Em geral, direitos fundamentais são compatíveis com expectativas de não violação de elementos individuais, sendo possível identificar correspondências entre as colisões de direitos fundamentais e os conflitos da moralidade. Assim, a moralidade é vista como elemento fundamentador dos direitos fundamentais, como reconhecido não somente pelos filósofos do direito, mas pelos mais renomados constitucionalistas contemporâneos. Quando a aplicação do Direito não se atém a regras específicas mas a estes princípios constitucionais ou a cláusulas abertas dele decorrentes, o exercício interpretativo do magistrado passa a ser muito parecido com o que é feito usualmente pelas pessoas no trato social. Não obstante, o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais torna juridicamente possível utilizar este raciocínio ponderativo nos conflitos entre particulares.

Logo, são consequências do maior dinamismo da rede mundial de computadores, sob o aspecto do conteúdo, a compatibilidade ética das diretrizes de ação estabelecidas pelos indivíduos e impostas pelo Estado, e sob o aspecto da forma, a impossibilidade de utilizar os tradicionais meios de regulamentação, notadamente a elaboração de legislação dotada de alta especificidade. No entanto, alguma regulamentação é necessária.

Neste ponto se entra na temática central do trabalho. A autodisciplina não é algo totalmente novo, embora pouco tratada como um assunto com autonomia relevante. Ela existe no trato social comum sempre que um conflito de interesses é solucionado pelos próprios envolvidos e não levado à solução estatal, independentemente do estabelecido em abstrato pelo Estado para casos semelhantes na legislação vigente.

Entretanto, a autodisciplina se intensifica quando ordens sociais autônomas, embora não totalmente independentes, se estabelecem no seio social. Por ordens sociais autônomas entendem-se as estruturas sociais dotadas de características próprias e de número substancial de membros que existem com força suficiente para não incorporar na plenitude todas as imposições estatais, passando elas por um relativo crivo de corroboração. Por exemplo, embora existam regras jurídicas que disciplinem as relações econômicas, estas nunca são exaustivas o suficiente, além do que o mercado possui suas próprias regras de funcionamento que somente são compreendidas pelos agentes envolvidos no meio, sendo então a economia uma ordem social autônoma; ou ainda, negativamente, apesar de o Estado tentar coibir diariamente as estruturas do crime organizado elas são dotadas de tamanha força que nunca são plenamente rompidas, sabendo-se que nas organizações criminosas existem códigos de conduta aplicáveis aos membros que a compõem.

Nos dois exemplos, percebe-se que o Estado tem a capacidade de ingerência mitigada pela força das estruturas sociais nas quais pretende interferir. O mesmo ocorre no ciberespaço, que pode então ser considerado uma ordem social autônoma, na qual existe uma tendência para a autodisciplina. Diferente do que acontece no exemplo das organizações criminosas, a ordem social autônoma do ciberespaço se funda em ditames éticos que são compatíveis com os regramentos sociais do aspecto físico da vida cotidiana, de modo que o autorregramento na *Internet* se funda em premissas da Ética.

De uma maneira genérica, a autorregulamentação na rede mundial de computadores pode ser conceituada como o rol de condutas dos internautas capaz de determinar as ações deste grupo no uso dos recursos do ciberespaço visando estabelecer um agir ético unitário e sancionar aqueles que não o obedeçam. Não há dúvidas de que este é um traço marcante da sociedade informacional, a questão esbarra no porquê ou na validade disto.

As explicações para a autodisciplina ter se tornado uma tendência na *Internet* envolvem o seu arcabouço de características que refletem uma dificuldade de controle estatal e uma retomada da consciência individual. Em resumo, nota-se: a) uma incompatibilidade entre uma rede difusa, de intensa modificação, e as fronteiras do controle estatal; b) uma maior liberdade conferida aos internautas permitindo que as possibilidades de escolha se ampliem, o que implica numa vasta gama de relações jurídico-sociais que dificilmente poderão ser reguladas de maneira taxativa; c) a fácil adaptação dos internautas à autonomia que a rede proporciona, o que tem gerado uma retomada da consciência individual e uma vontade de fazer as escolhas individuais, implicando numa perda de espaço do paternalismo estatal na rede; d) a liberdade ampliada que faz com que a vontade dos internautas forme

tendências difíceis de serem combatidas, o que aos poucos gera a formação de uma ordem social autônoma. Assim, o conjunto de particularidades ligados à dinâmica do ciberespaço fundamenta a tendência da autodisciplina, embora não a valide.

Os argumentos para a validade da prevalência do autorregramento na rede mundial de computadores são, de um lado, a atribuição de novos rumos à autonomia individual por um processo de retomada da consciência, e de outro lado, a ampliação do espaço democrático numa sociedade em que o Estado somente possa interferir quando estritamente necessário. Dentro do primeiro encontra-se o benefício para a construção do bem comum por todos os agentes sociais que participam ativamente da vida social como agentes autônomos e conscientes, ao passo que inserido no segundo firma-se a ideia de que o Estado não é a solução para todos os males devendo abrir espaço para a real efetivação da democracia.

Se a autodisciplina é uma tendência que se justifica pelas peculiaridades da rede e se valida pela necessidade de uma menor ingerência estatal em favor da autonomia individual, certas atitudes genéricas devem ser esperadas quanto a ela: por parte dos internautas, que a consciência individual seja voltada à ampliação das liberdades sem que se incida em abusos, isto é, que se lembre de que o outro existe; pelos outros entes sociais, incluindo o estatal, que não se pretendam impedir seu desenvolvimento e que incentivem seu aperfeiçoamento.

A principal consequência da adoção destas posturas é a diminuição dos prejuízos que têm se tornado comuns na *Internet* em decorrência da prática de atos ilícitos, tanto quando o usuário utiliza a liberdade da rede de forma abusiva e comete o ilícito como quando o internauta não se preocupa com sua própria privacidade e divulga informações que facilitam com que seja vítima de um ilícito. Isto não tem sido totalmente possível porque ainda está em consolidação a formação de uma ordem social autônoma autodisciplinar no ciberespaço que respeite plenamente os ditames éticos. De uma maneira geral, percebe-se um atendimento parcial do conteúdo autodisciplinar.

Tais violações não são minimizadas o suficiente a ponto de seus reflexos não serem relevantes para a ordem organizada do Direito. Se o fossem, talvez a autodisciplina bastasse enquanto modo de regulamentação do ciberespaço, utilizando apenas a sanção pelo grupo social e não a sanção organizada do Direito. No entanto, os reflexos jurídicos destes desrespeitos à Ética na rede mundial de computadores são muito relevantes, de onde se extrai que necessariamente a ordem social autônoma do ciberespaço deve coexistir com a ordem organizada do Direito, embora este deva ficar atento às suas particularidades para não prejudicar-lhe em sua essência liberalista e democrática.

Compatibilizar o Direito com as expectativas que cercam a ordem social autônoma sem que ela perca em ética e sem que a liberdade e a autonomia deixem de ser seus traços marcantes é dever de todos entes sociais, não somente do Estado. Neste sentido, destaca-se o dever inerente a todos agentes da sociedade, pessoas físicas ou jurídicas, de respeitar os direitos fundamentais, o qual é jurídico devido às teorias da eficácia direta e indireta destes direitos nas relações entre particulares. Com efeito, há uma compatibilidade direta ou indireta do conteúdo da autodisciplina na *Internet* quanto às condutas destes entes sociais em relação à Constituição Federal.

Neste contexto, além dos próprios internautas, os principais agentes influenciadores são as pessoas jurídicas que atuam na rede mundial de computadores, seja mantendo sítios para utilização de internautas, seja criando comunidades próprias para a divulgação do agir ético esperado no uso da rede - por exemplo, por organizações não governamentais como a Safernet) - caso em que o dever envolve uma postura dupla de repressão e prevenção.

Quanto ao dever jurídico do Estado, é desnecessário utilizar a teoria da eficácia irradiante dos direitos fundamentais porque não há controvérsias de que estes direitos foram criados para serem impostos ao Estado enquanto limitadores de sua atividade de controle. A problemática se foca nas atuações do Legislativo e do Judiciário.

Em relação ao Poder Executivo, destaca-se o dever de educação que tem sido desempenhado pelo Comitê Gestor da *Internet*, estabelecendo orientações para internautas e pessoas jurídicas e criando meios para que o usuário participe ativamente das decisões tomadas por este poder que influenciem na rede mundial de computadores. Aliás, embora menos envolvido nas questões delicadas que envolvem os demais poderes, o Executivo parece ser o que mais avançou em termos de compreensão e incorporação das TICs.

O aspecto mais delicado é o do desempenho da atividade normativa no ciberespaço pelo Legislativo. Afinal, o Direito confere autoridade ao Estado, mas isto não significa que tudo elaborado por ele será válido e benéfico. Uma vez na posição de autoridade, é natural que o legislador assuma a posição de supremo, posto que o Direito partirá dele. Contudo, não poderá impor legislação sem limites porque para legitimá-la é necessária a concordância com a concepção comum do que é certo, ou seja, que seja dotada de aceitação social. Diante disso, Direito é mais que legislação, perpassando pela constante atividade legitimadora do povo. E se a legislação não poderá ficar alheia aos anseios sociais nem mesmo no plano físico, que dirá na ordem social autônoma do ciberespaço, em que os grupos de internautas podem coibir uma lei que considerem injusta fazendo prevalecer a regra de autodisciplina - não que eles possam violar os direitos de dignidade e liberdade de terceiros.

Em resumo, três são os argumentos por uma postura de intervenção diminuta do Poder Legislativo: a) se a *Internet* permite a criação de um espaço onde a democracia pode ser exercida por meio da participação direta nas escolhas sociais, não se justifica que se prime pela manutenção do sistema tradicional; b) além disso, o intenso fluxo de informações, o surgimento cotidiano de novas funcionalidades e a quebra das fronteiras de espaço e tempo demonstram uma dinâmica da rede que não existe no plano físico ao qual usualmente a atividade normativa se voltava; c) se os internautas retomam sua autonomia e diminuem o espaço estatal, normal que queiram opinar sobre o que puder atingi-los, e se o dinamismo da rede viabiliza que as legislações a seu respeito sejam aplicadas com maior dificuldade, a tendência é que os internautas usem isso a seu favor, adotando ações impedidas pelo Legislativo no fluxo de informações da rede.

Existem casos em que a atuação específica do Poder Legislativo será necessária, por exemplo, quando surgirem situações penalmente relevantes que não encontrem amparo na legislação vigente, uma vez que o direito penal não aceita um conteúdo tão flexível quanto o que o dinamismo da rede exige, embora seja necessário adotar uma postura de intervenção mínima. Ainda, quando direitos dotados de qualidades estáticas, considerando estes como aqueles que se propõem a assegurar direitos já previamente consolidados e muito bem compreendidos e que o Estado tem como objetivo garantir e promover por fazerem parte daqueles constitucionalmente eleitos, mas que por um erro no processo de interpretação estejam sendo constantemente violados, também se justifica a atuação normativa.

Não há prejuízo da adoção de um sistema normativo flexível que priorize cláusulas gerais e soluções constitucionais hermenêuticas porque o Poder Judiciário tem mudado de postura nos últimos anos, assumindo o seu papel que vai muito além da realização do raciocínio silogista. Com efeito, a atuação do intérprete na aplicação deste Direito flexível tende a ser compatível com os anseios da sociedade da informatização, como foi possível vislumbrar no rol de decisões judiciais colacionadas ao final do último capítulo.

Num equilíbrio de atuação entre Poder Legislativo e Poder Judiciário se vislumbra a possibilidade de manutenção do Estado Democrático de Direito, impedindo que uma ordem social autônoma coexistente como a do ciberespaço se torne anárquica, até mesmo porque ela também deve se fundar em ditames éticos. Entretanto, não podem ser considerados menos importantes os deveres éticos dos entes sociais como um todo, propiciando uma crescente melhora no cumprimento do conteúdo da autodisciplina na *Internet* e, em decorrência disto, a construção de um espaço salutar para o pleno desenvolvimento das liberdades individuais.

REFERÊNCIAS

9GAG. **Just for fun**. Disponível em: <<http://9gag.com/>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

ABELSON, Hal; LEDEEN, Ken; LEWIS, Harry. **Blown to bits: your life, liberty and happiness after the digital explosion**. Crawfordsville (Indiana/USA): Addison-Wesley, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRÉ. Preconceito, Machismo e Homofobia Explícitas na *Internet*. **Incorruptível Pontocom**, 09 jun. 2011. Disponível em: <<http://puritica.wordpress.com/2011/06/09/preconceito-machismo-e-homofobia-explicitas-na-internet/>>. Acesso em: 20 out. 2012.

ANITELLI, Gustavo. **Para além da música para baixar**. Disponível em: <<http://oteatromagico.mus.br/>>. Acesso em: 05 out. 2010.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma teológica**. Tradução Aldo Vannucchi e Outros. Direção Gabriel C. Galache e Fidel García Rodríguez. Coordenação Geral Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. Edição Joaquim Pereira. São Paulo: Loyola, 2005a. v. IV, parte II, seção I, questões 49 a 114.

_____. **Suma teológica**. Tradução Aldo Vannucchi e Outros. Direção Gabriel C. Galache e Fidel García Rodríguez. Coordenação Geral Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira. Edição Joaquim Pereira. São Paulo: Loyola, 2005b. v. VI, parte II, seção II, questões 57 a 122.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007.

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ASSIS, Olney Queiroz. **O estoicismo e o Direito: justiça, liberdade e poder**. São Paulo: Lúmen, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 145-164.

BLOGGER. **Recursos do Blogger**. Disponível em: <<http://www.blogger.com/features>>. Acesso em: 16 out. 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Celso Lafer. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BÔSCOLI, João Marcello; SZAJMAN, André. **Manifesto Trama Virtual**. Disponível em: <<http://trama.uol.com.br/noticias/index.jsp?id=9385>>. Acesso em: 05 out. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Sobre o CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>>. Acesso em: 28 jan. 2013a.

_____. Comitê Gestor da *Internet* no Brasil. **Sobre o CGI.br**. Disponível em: <<http://www.cgi.br/sobre-cg/index.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2013b.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2012a.

_____. Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia. Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação. **TIC Domicílios e TIC Usuários 2011**. Disponível em: <<http://www.cetic.br/usuarios/tic/2011-total-brasil/index.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2012b.

_____. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil. **Cartilha de Segurança para Internet**. Versão 4.0 Comitê Gestor da Internet no Brasil: São Paulo, 2012c. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/>>. Acesso em: 04 out. 2012.

_____. **Decreto-lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 22 out. 2012d.

_____. **Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.** Lei de Propriedade Intelectual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 10 set. 2012e.

_____. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 set. 2012f.

_____. Registro de Domínios para a *Internet* no Brasil. **Domínios.br.** Disponível em: <<http://registro.br/dominio/valor.html>>. Acesso em: 16 out. 2012g.

_____. 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo. **Processo n. 0012786-89.2010.403.61.81.** Juíza: Mônica Aparecida Bonavina Camargo. São Paulo, 03 de maio de 2012h. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2012/120516preconceitotomayara.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____. Ministério da Educação. **Portal Domínio Público.** Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.jsp>>. Acesso em: 23 out. 2012i.

_____. Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia. Comitê Gestor da *Internet* no Brasil. **Práticas de Segurança para Administradores de Redes *Internet*.** Disponível em: <<http://www.cert.br/docs/seg-adm-redes/>>. Acesso em: 10 jun. 2012j.

_____. **Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 22 out. 2012k.

_____. **Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 out. 2012l.

_____. **Decreto-lei n. 5.452 de 1 de maio de 1943.** Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 22 out. 2012m.

_____. Ministério do planejamento, orçamento e gestão. **Conheça o Programa de Governo Eletrônico Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br>>. Acesso em: 01 nov. 2012n.

_____. Ministério do planejamento, orçamento e gestão. **Histórico do Governo Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br/historico>>. Acesso em: 01 nov. 2012o.

_____. Ministério do planejamento, orçamento e gestão. **Comitê Gestor da Internet**. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/o-gov.br/comite-gestor-de-internet>>. Acesso em: 01 nov. 2012p.

_____. Comitê Gestor da *Internet* no Brasil. **Resoluções**. Disponível em: <<http://www.cgi.br/regulamentacao/resolucoes.htm>>. Acesso em: 01 nov. 2012q.

_____. Comitê Gestor da *Internet* no Brasil. **Resolução CGI.br/RES/2009/003/P**. Princípios para a governança e uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<http://www.cgi.br/regulamentacao/resolucao2009-003.htm>>. Acesso em: 01 nov. 2012r.

_____. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Parecer da Comissão de Constituição e Justiça no Projeto de Lei n. 84 de 24 de fevereiro de 1999**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15028>. Acesso em: 10 maio. 2012s.

_____. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 84 de 24 de fevereiro de 1999**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15028>. Acesso em: 10 nov. 2012t.

_____. **Lei n. 11.829 de 25 de novembro de 2008**. Altera a Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm>. Acesso em: 22 out. 2012u.

_____. Poder Legislativo. **Projeto de Lei n. 2.793 de 29 de novembro de 2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=529011>>. Acesso em: 01 out. 2012v.

_____. Poder Legislativo. **Lei n. 12.737 de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm>. Acesso em: 15 dez. 2012w.

_____. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.126 de 24 de agosto de 2011**. Disponível em: <<http://edemocracia.camara.gov.br/documents/679637/277cc749-e543-4636-9ddb-736144a9b654>>. Acesso em: 10 nov. 2012x.

_____. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4.060 de 13 de junho de 2012**. Disponível em:
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>>.
Acesso em: 10 nov. 2012y.

_____. **Lei n. 12.414 de 09 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm>. Acesso em: 22 out. 2012z.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência n. 121.431/SE**. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 11 de abril de 2012a1. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 103.425/AM**. Relatora: Rosa Weber. Brasília, 26 de junho de 2012b1. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 215.215/SP**. Relator: Vasco Della Giustina. Brasília, 19 de junho de 2012c1. Disponível em: www.stj.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 172-95.2010.5.09.0007**. Relator: Pedro Paulo Manus. Brasília, 30 de outubro de 2012d1. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 88300-14.2008.5.09.0411**. Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, 22 de agosto de 2012e1. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 226-24.2010.5.09.0084**. Relator: João Batista Brito Pereira. Brasília, 08 de agosto de 2012f1. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos em Recurso de Revista n. 82700-69.2006.5.04.0007**. Relator: João Oreste Dalazen. Brasília, 20 de setembro de 2012g1. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 101300-57.2007.5.02.0073**. Relator: Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 15 de agosto de 2012h1. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 159700-03.2008.5.15.0062**. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 29 de fevereiro de 2012i1. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 259300-59.2007.5.02.0202**. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 05 de setembro de 2012j1. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 42140-27.2008.5.05.0027**. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 11 de maio de 2012k1. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 660.861/MG**. Relator: Luiz Fux. Brasília, 22 de março de 2012l1. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.306.066/MT**. Relator: Sidnei Beneti. Brasília, 17 de abril de 2012m1. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 997.993/MG**. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 de junho de 2012n1. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.316.921/RJ**. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 26 de junho de 2012o1. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.308.830/RS**. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 08 de maio de 2012p1. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.193.764/SP**. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 26 de junho de 2012q1. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.300.161/RS**. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2012r1. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.192.208/MG**. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 12 de junho de 2012s1. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.309.891/MG**. Relator: Sidnei Beneti. Brasília, 26 de junho de 2012t1. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.323.754/RJ**. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2012u1. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 115.690/DF**. Relator: Og Fernandes. Brasília, 14 de março de 2011a. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Atribuição n. 222/MG**. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 11 de maio de 2011b. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 110.767/SP**. Relator: Gilson Dipp. Brasília, 09 de fevereiro de 2011c. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 198.401/CE**. Relator: Og Fernandes. Brasília, 16 de junho de 2011d. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 109.355/CE**. Relator: Dias Toffoli. Brasília, 8 de novembro de 2011e. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 628.624/MG**. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 28 de abril de 2011f. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 652.777/SP**. Relator: Ayres Britto. Brasília, 29 de setembro de 2011g. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 95300-29.2005.5.04.0017**. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Brasília, 13 de abril de 2011h. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 2735700-54.2007.5.09.0029**. Relatora: Delaíde Miranda Arantes. Brasília, 28 de setembro de 2011i. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 625740-67.2006.5.09.0892**. Relatora: Maria de Assis Calsing. Brasília, 09 de novembro de 2011j. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 1740-40.2008.5.16.0002**. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 01 de abril de 2011k. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.201.340/DF**. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Brasília, 03 de novembro de 2011l. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.072.844/SC**. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 17 de maio de 2011m. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.107.024/DF**. Relatora: Maria Isabel Gallotti. Brasília, 1 de dezembro de 2011n. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.186.616/MG**. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 23 de agosto de 2011o. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.175.675/RS**. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 09 de agosto de 2011p. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia. Comitê Gestor da *Internet* no Brasil. **Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil em 2009**. São Paulo: Comitê Gestor da *Internet* no Brasil, 2010a. Disponível em: <<http://www.cetic.br>>. Acesso em: 04 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 94.875/SP**. Relator: Ayres Britto. Brasília, 31 de agosto de 2010b. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 111.056/SP**. Relator: Og Fernandes. Brasília, 25 de agosto de 2010c. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 107.938/RS**. Relator: Jorge Mussi. Brasília, 27 de outubro de 2010d. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 19740-39.2005.5.09.0665**. Relatora: Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 07 de abril de 2010e. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 69640-74.2003.5.17.0006**. Relator: Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 01 de dezembro de 2010f. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 258900-75.2005.5.15.0130**. Relator: Flavio Portinho Sirangelo. Brasília, 27 de outubro de 2010g. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 13.935/DF**. Relator: Teori Albino Zavascki. Brasília, 10 de março de 2010h. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.068.904/RS**. Relator: Massami Uyeda. Brasília, 07 de dezembro de 2010i. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 940.608/RJ**. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 4 de março de 2010j. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.117.633/RO**. Relator: Herman Benjamin. Brasília, 09 de março de 2010k. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 102.454/RJ**. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 25 de março de 2009a. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos de Declaração em Recurso de Revista n. 996100-34.2004.5.09.0015**. Relator: Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 18 de fevereiro de 2009b. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 305840-29.2005.5.09.0013**. Relatora: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 06 de maio de 2009c. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 548.048-8/DF**. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, 09 de junho de 2009d. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 601.220-0/SP**. Relator: Eros Grau. Brasília, 01 de outubro de 2009e. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 844.736/DF**. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 27 de outubro de 2009f. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 94.775/SC**. Relator: Jorge Mussi. Brasília, 14 de maio de 2008a. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 81.477/ES**. Relator: Og Fernandes. Brasília, 27 de agosto de 2008b. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 74.225/SP**. Relatora: Jane Silva. Brasília, 25 de junho de 2008c. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 99.133/SP**. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 05 de dezembro de 2008d. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia. Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação. **Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil em 2006**. São Paulo: Comitê Gestor da *Internet* no Brasil, 2007a. Disponível em: <<http://www.cetic.br>>. Acesso em: 04 ago. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 76.610/RJ**. Relatora: Jane Silva. Brasília, 14 de agosto de 2007b. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 67.343/GO**. Relatora: Laurita Vaz. Brasília, 28 de março de 2007c. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 81.638/PA**. Relator: Gilson Dipp. Brasília, 12 de junho de 2007d. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 320.958/RN**. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 06 de setembro de 2007e. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 83.188/PA**. Relatora: Jane Silva. Brasília, 27 de setembro de 2007f. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência n. 62.949/PR**. Relator: Nilson Naves. Brasília, 11 de outubro de 2006a. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 86289-6/GO**. Relator: Ricardo Levandowski. Brasília, 06 de junho de 2006b. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 18.116/SP**. Relator: Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 16 de fevereiro de 2006c. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 613002320005100013**. Relator: João Oreste Dalazen. Brasília, 18 de maio de 2005. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.561-4/PR**. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 05 de outubro de 2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

BUARQUE, Chico. **Comentários na Internet**. Disponível em: http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=n5LuD2CFhYE. Acesso em: 19 out. 2012.

BURNS, Edward McNall. **História da civilização ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais**. 41. ed. Atualização Robert E. Lerner e Standisch Meacham. São Paulo: Globo, 2001. v. 1.

_____. **História da civilização ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais**. 43. ed. Atualização Robert E. Lerner e Standisch Meacham. São Paulo: Globo, 2005. v. 2.

CALANDRA, Henrique Nelson. O Judiciário e a Transição para a Era Digital. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 30 out. 2008. Disponível em: <http://www.adpf.org.br/modules/news/article.php?storyid=42038>. Acesso em: 09 fev. 2011.

CAMARGO, Daniel Marques de; DOMINGOS, Fernanda Cristina Rosseto. Ativismo Judicial: limites, possibilidades e reflexos na efetivação de direitos humanos fundamentais. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Org.). **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. Birigui: Boreal, 2012. p. 67-85.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. v. 1.

CCFÁCIL. **Consultas cadastrais**. Disponível em: <http://www.ccfacil.com.br/>. Acesso em: 17 out. 2012.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2005.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Tradução Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.

COLARES, Juliana. Pornografia infantil no topo das denúncias. **Veículo Nacional**, 16 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/site/noticias/pornografia-infantil-topo-das-den%C3%Bancias>>. Acesso em: 19 out. 2012.

COMUNIDADE DE CIBERCULTURA. **Pelo veto ao projeto de ciber-crimes**: Em defesa da liberdade e do progresso do conhecimento na *Internet* Brasileira. Disponível em: <<http://www.petitiononline.com/veto2008/petition.html>>. Acesso em: 12 maio 2012.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA, Carlos Irineu da. Glossário. In: LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 251-260.

DAOUN, Alexandre Jean; BLUM, Renato M. S. Opice. *Cybercrimes*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet**: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2000. p. 117-129.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel. **Manual de derecho informático**. 9 ed. Cízur Menor: Aranzadi, 2007.

DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**. Tradução Geraldo H. M. Florsheim. São Paulo: Edusp, 1979.

DOMENEGHETTI, Caio. Crimes e ilícitos eletrônicos no Brasil. In: VALLE, Regina Ribeiro do (Org.). **E-dicas**: o direito na sociedade da informação. 2. ed. São Paulo: Usina do Livro, 2005. p. 159-169.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. E-gov e Poder Executivo. In: XV Encontro Ibero Americano de Governo Eletrônico e Inclusão Digital, 2012, Curitiba/PR. **Apresentação no XV Encontro Ibero Americano de Governo Eletrônico e Inclusão Digital**.

DREAMSTIME. **Venda as suas imagens**. Disponível em: <<http://pt.dreamstime.com/sellimages>>. Acesso em: 19 out. 2012.

DROPBOX. Simplify your life. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

DUPAS, Gilberto. **Ética e poder na sociedade da informação**. São Paulo: UNESP, 2000.

E-FARSAS. **A fortuna de Lula de acordo com a Forbes**. Disponível em: <<http://www.e-farsas.com/a-fortuna-de-lula-de-acordo-com-a-forbes.html>>. Acesso em: 12 ago. 2012.

FACEBOOK. **Sobre**. Disponível em: <<http://www.facebook.com/facebook>>. Acesso em: 10 out. 2012a.

_____. **Gina Indelicada**. Disponível em: <<http://www.facebook.com/GinaIndelicada?fref=ts>>. Acesso em: 10 out. 2012b.

_____. **Padrões da comunidade do Facebook**. Disponível em: <<http://www.facebook.com/communitystandards>>. Acesso em: 10 out. 2012c.

_____. **Todos os resultados: ódio**. Disponível em: <<http://www.facebook.com/search/results.php?q=ódio&init=quick&tas=0.5316684923600405>>. Acesso em: 10 out. 2012d.

_____. **Clarice de TPM**. Disponível em: <<http://www.facebook.com/ClariceDeTPM?fref=ts>>. Acesso em: 10 out. 2012e.

_____. **Central de Segurança**. Disponível em: <<http://www.facebook.com/safety/tools/>>. Acesso em: 10 out. 2012f.

FERREIRA, Ivete Senise. A criminalidade informática. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2000. p. 207-237.

FORBES. **The World's Billionaires**. Disponível em: <http://www.forbes.com/billionaires/#p_4_s_a0_All%20industries_All%20countries_All%20states_>. Acesso em: 12 ago. 2012.

FORTES, Carlos José e Silva. Pedofilia e a Internet. **Revista do movimento do Ministério Público democrático dialógico**, São Paulo, ano VI, n. 30, p. 28-29, jun. 2010.

FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 02 de outubro de 1789**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>>. Acesso em: 15 out. 2012.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. Mensagem indesejada: o poder legiferante na contramão da tecnologia. **Revista Em Tempo**, Marília, v.6, p. 87-89, ago. 2004.

_____; _____. GIMENES, Eron Veríssimo. **Crimes na Internet e inquérito policial eletrônico**. São Paulo: Edipro, 2012.

_____; GARCIA, Bruna Pinotti. Liberdade de expressão e autocensura na *Internet*. In: XX Congresso Nacional do CONPEDI, 2011, Vitória/ ES. **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2011. p. 3530-3553.

_____. **O assunto do e-mail como indício de fraude: contribuições da organização da informação para a prevenção criminal**. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) – Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Marília, 2008.

GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet: direitos autorais das origens à era digital**. 5. ed. São Paulo: Record, 2007.

GARCIA, Bruna Pinotti; ROVER, Aires José. O projeto do Código de Processo Civil e a informatização do Judiciário: instrumentalidade processual e transição para o futuro. In: SILVA, Nelson Finotti; FRANZÉ, Luís Henrique Barbante; GARCIA, Bruna Pinotti (Org.). **Reflexões sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. 1. ed. Marília: [s.n.], 2012.

_____; LUCA, Guilherme Domingos de. Democracia digital: os rumos da regulamentação legislativa no ordenamento jurídico brasileiro. **Democracia Digital e Governo Eletrônico - UFSC**, Florianópolis, ano 4, n. 1, p. 146-179, jan./jul. 2012.

_____; FURLANETO NETO, Mário. Guarda dos registros de conexão e de aplicação: estudo sobre o conflito privacidade vs. segurança jurídica na proposta do Projeto de Lei n. 2126/11. In: VERONESE, Alexandre; ROVER, Aires José; AYUDA, Fernando Galindo. (Org.). **Direito e Novas Tecnologias**. Edição dos Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2012, Niterói/RJ. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

_____; SILVA, André Barboza da. Apontamentos sobre o armazenamento de registros da Internet sob o viés da limitação do direito geral de liberdade pela atividade normativa. In: XV Encontro Ibero Americano de Governo Eletrônico e Inclusão Digital, 2012, Curitiba/PR.

Anais do XV Encontro Ibero Americano de Governo Eletrônico e Inclusão Digital. Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico (edição especial), Florianópolis, ano 4, n. 7, p. 1-31, jul./dez. 2012.

_____; SANTOS, Cássio Roberto dos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às mantenedoras de redes sociais e a consequência processual da inversão do ônus da prova. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia/MG. **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 4475-4500.

GOOGLE. **Perguntas frequentes de *webmasters*.** Disponível em: <<http://support.google.com/webmasters/bin/answer.py?hl=pt-BR&answer=1050724&topic=1724121&ctx=topic>>. Acesso em: 17 out. 2012a.

_____. **Relatório de transparência:** Brasil. Disponível em: <<http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/countries/>>. Acesso em: 17 out. 2012b.

_____. **Como denunciar abuso e atividades ilegais.** Disponível em: <<http://support.google.com/sites/bin/answer.py?hl=pt-BR&answer=116262>>. Acesso em: 17 out. 2012c.

_____. **Acordo final em matéria de pesquisa de livros do *Google*.** Disponível em: <<http://books.google.com/intl/pt-PT/googlebooks/agreement/>>. Acesso em: 05 out. 2010.

_____. ***Google Docs*.** Disponível em: <<https://docs.google.com/>>. Acesso em: 16 jan. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONZAGA, Yuri. Custo anual do cibercrime no Brasil é de R\$ 16 bilhões, diz estudo. **AASP**, 04 out. 2012. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=13048>. Acesso em: 10 out. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HAYEK, Friedrich A. **Law, legislation and liberty:** a new statement of the liberal principles of justice and political economy. Londres: Routledge, 1998. v. 1.

HIRD, Jake. 20+ more mind-blowing social media statistics. **Econsultancy**, 17 ago. 2009. Disponível em: <<http://econsultancy.com/br/blog/4402-20+-more-mind-blowing-social-media-statistics>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

HOWE, Jeff. The Rise of Crowdsourcing. **The New Yorker Reader**, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.wired.com/wired/archive/14.06/crowds.html>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. 24. ed. São Paulo: Globo, 1998.

INFOGUERRA. **O que é spam**. Disponível em: <<http://informatica.terra.com.br/virusecia/spam/interna/0,,OI195623-EI2403,00.html>>. Acesso em: 17 out. 2012.

INSTITUTO CHILDHOOD. Novas tecnologias ajudam a prender redes internacionais de pornografia infantil. **Veículo Nacional**, 24 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/site/noticias/novas-tecnologias-ajudam-prender-redes-internacionais-pornografia-infantil>>. Acesso em: 19 out. 2012.

INTERNET WORLD STATS. **Internet Usage Statistics: The Internet Big Picture**. World Internet Users and Population Stats. Disponível em: <<http://www.Internetworldstats.com/stats.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2012.

JABOR, Arnaldo. Há um sub-eu rolando na Internet. **Estadão**, 17 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,ha-um-sub-eu-rolando-na-internet,190734,0.htm>>. Acesso em: 20 out. 2012.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. **Crítica da razão prática**. Tradução Paulo Barrera. São Paulo: Ícone, 2005.

KAPOUN, Jim. **Teaching undergrads Web evaluation: a guide for library instruction**. Disponível em: <<http://www.ualberta.ca/~dmiall/Brazil/kapoun.html>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KUROSE, James F.; ROSS, Keith W. **Redes de computadores e a Internet**: uma abordagem top-down. 3. ed. Tradução Arlete Simille Marques. São Paulo: Pearson Addison Wesley, 2005.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

_____. **O que é virtual?** Tradução Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2005.

LIMA, Gisele Truzzi de; DAOUN, Alexandre Jean. **Crimes informáticos**: o direito penal na era da informação. Disponível em: <<http://www.truzzi.com.br/pdf/artigo-crimes-informativos-gisele-truzzi-alexandre-daoun.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2009.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro; CURY, Renato José. O comércio eletrônico e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista do advogado**, São Paulo, ano XXXII, n. 115, p. 136-143, abr. 2012.

MARQUES, Tâmera Padoin. *Cyberbullyng*: a dignidade humana no plano virtual. **Revista do movimento do Ministério Público democrático dialógico**, São Paulo, ano VI, n. 30, p. 26-27, jun. 2010.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral**. Tradução Afrânio Coutinho. 4. ed. São Paulo: Dominus Editora S/A, 1962.

_____. **Os direitos do homem e a lei natural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1967.

MASIERO, Paulo Cesar. **Ética em computação**. São Paulo: Edusp, 2004.

MATEUCCI, Carlos Roberto Fornes; PIGNATARI, Alessandra A. Calvoso Gomes. Lacunas na *Ciber Law* Brasileira. In: VALLE, Regina Ribeiro do (Org.). **E-dicas: o Direito na Sociedade da Informação**. 2. ed. São Paulo: Usina do Livro, 2005. p. 31-50.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEAZZINI, Giulio; MONTENEGRO, Helena. Não basta estar conectado. **Revista cidade nova**, São Paulo, ano LII, n. 07, p. 36-38, jul. 2010.

MÉXICO SOS. **Início**. Disponível em: <<http://mexicosos.org/>>. Acesso em: 17 set. 2011.

MICROSOFT. **Informações sobre cookies na microsoft.com**. Disponível em: <<http://www.microsoft.com/info/br/cookies.aspx>>. Acesso em: 05 set. 2012a.

_____. **O que são Vírus, Worms e Trojans?** Disponível em: <<http://www.microsoft.com/portugal/athome/security/viruses/virus101.aspx>>. Acesso em: 05 set. 2012b.

_____. **Phishing: perguntas frequentes**. Disponível em: <<http://www.microsoft.com/brasil/protect/yourself/phishing/faq.aspx>>. Acesso em: 05 set. 2012c.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n. 2.0000.00.430640-1/00**. Relatora: Heloísa Combat. Belo Horizonte, 28 de abril de 2005. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 03 out. 2010.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito**. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MUCHERONI, Marcos Luiz. Ciberultura: a comunicação, a educação e as mídias. **Gobierno electrónico**, 21 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.gobiernoelectronico.org/node/5900>>. Acesso em: 10 jul. 2010.

MUNDO DOS MEMES. **As Melhores Tirinhas Meme do Mundo**. Disponível em: <<http://www.mundomemes.com.br/>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OEA - Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 10 out. 2012.

OLIVEIRA, Marcos de. Nasce a Internet. **Revista Fapesp**. São Paulo, ano XVII, n. 180, p. 23-25, fev. 2011.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. Os "novos" direitos enquanto direitos públicos virtuais na sociedade da informação. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 319-353.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=49&Itemid=59>. Acesso em: 10 out. 2012a.

_____. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 19 de dezembro de 1966**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm>>. Acesso em: 10 out. 2012b.

_____. **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 16 de dezembro de 1966**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm>>. Acesso em: 10 out. 2012c.

ORKUT. **Sobre o Orkut**. Disponível em: <<http://www.orkut.com.br/Main#About.aspx>>. Acesso em: 10 out. 2012a.

_____. **Dados demográficos**. Disponível em: <<http://www.orkut.com.br/Main#MembersAll>>. Acesso em: 10 out. 2012b.

_____. **Central de segurança**. Disponível em:
<<http://support.google.com/orkut/bin/answer.py?hl=pt-BR&p=AdditionalTerms.aspx&answer=16198>>. Acesso em: 10 out. 2012c.

_____. **Resultados da busca para "preconceito"**. Disponível em:
<<http://www.orkut.com.br/Main#UniversalSearch?origin=box&searchFor=C&q=preconceito>>. Acesso em: 10 out. 2012d.

ORWELL, George. **1984**. Tradução Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento n. 0561551-4**. Relator: Adalberto Jorge Xisto Pereira. Florianópolis, 25 de agosto de 2009. Disponível em: www.tjpr.jur.br. Acesso em: 01 out. 2010.

PECK, Patrícia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. La protección de datos personales en España: presente y futuro. In: CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín (Dir.). **Informática y Derecho**. Mérida: Arazandi, tomo 4, v. 1., 1992, p. 235-246. Disponível em: <<http://www.icdt.cl>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Uso ético e responsável da Internet**: dicas e alertas. São Paulo: Fundação Bradesco, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade em ambiente da *Internet*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). **Direito & Internet**: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2000. p. 155-176.

PONTIFÍCIO CONSELHO PARA AS COMUNICAÇÕES SOCIAIS. *Ética na Internet*. 3. ed. São Paulo: Paulinas, 2007.

POZZOLI, Lafayette. Justiça participativa e cidadania. **Revista ibero-americana de filosofia política e filosofia do direito**. Porto Alegre, Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul, v. 1, n. 1, 2006, p. 93-112.

_____. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Loyola, 2001.

_____; GARCIA, Bruna Pinotti. O processo de inclusão digital: acessibilidade, justiça, cidadania e fraternidade. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org.). **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social**. 1. ed. Birigui/SP: Boreal, 2010. p. 221-233.

R7. Latino ameaça internauta que o chamou de maldotado: "Você vai ter que se entender com a Justiça". **R7**, 24 set. 2012. Disponível em: <<http://entretenimento.r7.com/musica/noticias/latino-ameaca-blogueiro-que-o-chamou-de-maldotado-voce-nao-pode-denegrir-minha-imagem-20120924.html>>. Acesso em: 19 out. 2012.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RECLAME AQUI. **Ranking**. Disponível em: <<http://www.reclameaqui.com.br/ranking/>>. Acesso em: 23 out. 2012.

_____. **Como funciona o Reclame Aqui?** Disponível em: <http://www.reclameaqui.com.br/como_funciona/ajuda/?id=1>. Acesso em: 23 out. 2012.

REIS, Nando. **Discos e letras**. Disponível em: <<http://nandoreis.terra.com.br/discos-e-letras/>>. Acesso em: 05 out. 2010.

REPORTEROS SIN FRONTERAS. **Enemigos de Internet**. Disponível em: <http://es.rsf.org/IMG/CLASSEMENT_2012/CLASSEMENT_ESP.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

ROVER, Aires José. O governo eletrônico e a inclusão digital: duas faces da mesma moeda chamada democracia. In: ROVER, Aires José (Org.). **Inclusão digital e governo eletrônico**. Zaragoza: Lefis Series, 2008, v. 3.

RUSSEL, Bertrand. **Authority and the individual**. London: Routledge, 2005.

ROTHENBERG, Jeff. Ensuring the Longevity of Digital Information. **Council on Library and Information Resources**, fev. 1999. Disponível em: <<http://www.clir.org/pubs/archives/ensuring.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

SAFERNET. **Prevenção**: dicas. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/site/prevencao/dicas>>. Acesso em: 23 set. 2011.

_____. **Página inicial**. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/site/>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. **Quem somos**. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br/site/institucional>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

SANTOS, Murilo Angeli Dias dos; EHRLICH, Priscila Aparecida. O que é isto - a Hermenêutica Constitucional? In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (Org.). **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. Birigui: Boreal, 2012. p. 1-11.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 991.06.018490-7**. Relator: Plínio Novaes de Andrade Júnior. São Paulo, 27 de setembro de 2010a. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 01 out. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 509.982.4/6-00**. Relator: Gilberto de Souza Moreira. São Paulo, 06 de agosto de 2008. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 01 out. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 289.445.4/4-00**. Relator: Sérgio Gomes. São Paulo, 16 de março de 2007a. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 15 ago. 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 497.958.4/7-00**. Relator: Testa Marchi. São Paulo, 13 de março de 2007b. Disponível em: www.tj.sp.gov.br. Acesso em: 15 ago. 2010.

SCHWARTZ, Germano. Direito e literatura: proposições iniciais para uma observação de segundo grau do sistema jurídico. **Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 31, n. 96, p. 125-140, dez. 2004.

SILVA, Carlos Eduardo Lins da. Memória e *Internet*. **Revista do movimento do Ministério Público democrático dialógico**, São Paulo, ano VI, n. 30, p. 24-25, jun. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. Reflexões sobre o dever de informação. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, ano XIV, n. 87, abr 2011. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9130>. Acesso em: 30 out. 2012.

SÓFOCLES. **Édipo rei / Antígona**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 11-53.

TACHIZAWA, Takeshy. **Organizações não governamentais e terceiro setor**: criação de ONGs e estratégias de atuação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TANENBAUN, Andrew S. **Redes de computadores**. 3. ed. Tradução Insight Serviços de Informática. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

TERRA. *Web*: mercado negro de dados rende mais de US\$ 270 milhões. **Terra**, 24 nov. 2008. Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/noticias/0,,OI3349895-EI12884,00-Web+mercado+negro+de+dados+rende+mais+de+US+milhoes.html>>. Acesso em: 19 out. 2012.

_____. Vírus "autorizado" mira usuários de *internet banking*. **Terra**, 06 set. 2012. Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/noticias/0,,OI6135486-EI12884,00-Virus+autorizado+mira+usuarios+de+internet+banking.html>>. Acesso em: 19 out. 2012.

TRAMA VIRTUAL. **Acervo**. Disponível em: <http://trama.uol.com.br/artista/index_artistas.jsp?nac=1&ord=1&dir=1&pg=1>. Acesso em: 20 out. 2012.

TWITTER. **About**. Disponível em: <<http://twitter.com/about>>. Acesso em: 16 out. 2012.

UOL. **Normas de segurança e privacidade**. Disponível em: <https://sac.uol.com.br/info/protecao_privacidade/normas_protecao_privacidade.jhtm>. Acesso em: 30 out. 2012.

VEJA. *Facebook* ultrapassa Orkut no Brasil, aponta comScore: Medição do Ibope havia apontado mudança na liderança do setor em setembro. **Veja**, 17 jan. 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/facebook-ultrapassa-orkut-no-brasil-aponta-comscore>>. Acesso em: 15 out. 2012.

WIKIPÉDIA. **Flaming**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Flaming>>. Acesso em: 06 set. 2012a.

_____. **Netiqueta**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Netiqueta>>. Acesso em: 30 set. 2012b.

WINDOWS. **Excluir cookies da Internet**. Disponível em: <<http://windows.microsoft.com/pt-BR/windows-vista/Delete-your-Internet-cookies>>. Acesso em: 19 out. 2012.

YOUTUBE. **Página inicial**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/?noredirect=1>>. Acesso em: 25 out. 2012.

_____. **Psy: Gagnam Style**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9bZkp7q19f0>>. Acesso em: 21 jan. 2013.