

ARTICLE 19

Brasil: Marco civil da Internet

Julho de 2012



Resumo Executivo

Em julho de 2012, a ARTIGO 19 analisou o Marco Civil da Internet no Brasil. Em particular, nós avaliamos a compatibilidade do Marco Civil com as normas internacionais para a proteção à liberdade de expressão.

A ARTIGO 19 apoia a aprovação do Marco Civil já que a nossa análise mostra que, em geral, ele é uma peça de legislação progressiva, com garantias gerais satisfatórias para a proteção da liberdade de expressão e o direito à privacidade na Internet. Em particular, congratulamos que provedores de serviços na Internet só poderão ser responsabilizados por não cumprir uma ordem judicial obrigando-os a remover ou bloquear o acesso a conteúdo de terceiros. Da mesma forma, consideramos como uma medida positiva que os usuários de internet apenas sejam identificados e seus dados de comunicações divulgados, cumprindo uma ordem judicial e limitado a determinados propósitos como investigações criminais e processos penais. Finalmente, se a lei for aprovada, o Brasil será um dos primeiros países a garantir a neutralidade da rede na América do Sul, um passo importante para assegurar a liberdade na Internet no continente como um todo.

A ARTIGO 19 conclama o Congresso Nacional e todas os interessados, incluindo organizações da sociedade civil, para aprovarem o Marco Civil e promover uma maior compreensão pública de suas disposições antes e depois dele ser promulgado.

Ao mesmo tempo, há uma série de pontos nos quais o Marco Civil ainda poderia ser melhorado para estar mais plenamente em conformidade com as normas internacionais para a proteção da liberdade de expressão. A ARTIGO 19 faz uma série de recomendações importantes sobre como isso poderia ser alcançado e espera que estas recomendações sejam incorporadas à versão final da lei.

Principais recomendações

- O artigo 7, inciso 5 deve deixar claro que os dados de comunicações de usuários da Internet só podem ser divulgados mediante uma ordem judicial, quando for necessário e limitado para a proteção dos interesses limitados, tais como a investigação de crimes graves;
- O artigo 9, parágrafo único deve ser alterado a fim de definir mais claramente que a filtragem ou monitoramento da Internet não é permitida, *exceto quando necessária por razões técnicas relacionadas à manutenção da integridade da rede*. Embora tal definição conste do caput do artigo 9, é importante que a mesma seja re-afirmada no parágrafo único, já que o caput trata de neutralidade e o parágrafo único esta mais focado nos temas de filtragem e monitoramento de conteúdos.
- O artigo 11, parágrafo 2 deve prever claramente desde o início que a extensão dos períodos de retenção de dados só pode ser concedida por um tribunal e, quando necessário e limitado para uma gama muito limitada de finalidades, tais como a segurança nacional ou a investigação de crimes graves. Da mesma forma, o acesso a dados de comunicação só deve ser concedido a um número limitado de autoridades públicas. Finalmente, a ARTIGO 11 deve prever um período máximo para além do qual já não é permitido reter e armazenar dados de comunicações.
- A ARTIGO 10, parágrafo 3 deve ser alterado para definir claramente as penalidades pelo não cumprimento dos requisitos de proteção de dados,
- O Capítulo IV deve ser alterado para prever medidas mais específicas para proteger a neutralidade de rede, de acordo com as recomendações dos relatores especiais para a liberdade de expressão.

Índice

Resumo Executivo	2
Principais recomendações	2
Sobre o programa jurídico da ARTIGO 19.....	4
Introdução	5
A proteção da liberdade de expressão sob a lei internacional.....	7
Declaração Universal dos Direitos Humanos	7
Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.....	7
Limitações sobre os Direitos de Liberdade de Expressão	9
Análise do Marco Civil.....	18
Aspectos positivos do Marco Civil	18
Neutralidade da rede – Capítulo III, seção 1	18
Responsabilidade do Intermediário – Capítulo III, seção 3.	18
Acesso à Internet – Capítulo IV	19
Propostas para melhorias do Marco Civil	19
Comentários Gerais.....	19
Direitos e garantias do usuário – Capítulo II.....	19
Retenção de Dados – Capítulo III	20
Ação por parte das autoridades – Capítulo IV.....	22

Sobre o programa jurídico da ARTIGO 19

O programa jurídico da ARTIGO 19 defende o desenvolvimento de normas progressivas para a liberdade de expressão e o acesso à informação em nível internacional e sua aplicação em sistemas jurídicos nacionais. O programa jurídico produziu uma série de publicações sobre padrões que pontua comparativamente o direito internacional e as melhores práticas em áreas como leis de difamação, acesso à informação e regulação da radiodifusão.

Com base nestas publicações e conhecimentos jurídicos da ARTIGO 19, o programa publica uma série de análises jurídicas a cada ano, comentários sobre propostas legislativas, bem como as leis existentes que afetam o direito à liberdade de expressão. Este trabalho analítico, realizado desde 1998, como um meio de apoio aos esforços da reforma do direito positivo em todo o mundo, normalmente leva a melhorias substanciais na legislação nacional proposta ou existente. Todas as nossas análises estão disponíveis no site <http://www.article19.org/resources.php/legal/>.

Se você gostaria de discutir esta análise mais profundamente, ou se tem um assunto que gostaria de trazer à atenção do programa jurídico da ARTIGO 19, você pode nos contatar no e-mail legal@article19.org. Para mais informações sobre esta análise, favor entrar em contato com Gabrielle Guillemin, no endereço gabrielle@article19.org ou +44 20 7324 2500.

Para mais informações sobre o trabalho da ARTIGO 19 no Brasil, entre em contato com Laura Tresca, oficial de liberdade de expressão da ARTIGO 19 no Brasil no endereço laura@article19.org ou +55 11 3057 0071.

Introdução

Em julho de 2012, a ARTIGO 19 analisou o Marco Civil da Internet no Brasil¹. Em particular, nós avaliamos a compatibilidade do Marco Civil com as normas internacionais para a proteção à liberdade de expressão.

O Marco Civil é fruto de uma iniciativa do Ministério da Justiça, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas, para desenvolver um processo colaborativo no qual todos os agentes da sociedade brasileira puderam identificar em conjunto os direitos e responsabilidades que devem orientar o uso da Internet no Brasil. A ARTIGO 19 observa que o processo, o qual resultou no texto da lei, é um exemplo da importância e do grande potencial do envolvimento dos múltiplos interessados na formulação de políticas públicas. Esta análise representa a contribuição da ARTIGO 19 para este processo.

A ARTIGO 19 tem uma vasta experiência em trabalhar com questões relacionadas à liberdade de expressão no Brasil e com a proteção da liberdade de expressão e de TIC (Centros de Tecnologia da Informação). Com o nosso escritório regional para a América do Sul sediado em São Paulo, a ARTIGO 19 também faz campanha para a proteção de expressão online. Por exemplo, em janeiro de 2012, comentamos sobre o projeto de Lei de Ciber Crimes do Brasil.² Na mesma época, a ARTIGO 19 também analisou várias leis de TICs, tais como as leis na Bolívia,³ Venezuela,⁴ Irã⁵, Paquistão⁶ e Tunísia.⁷ Portanto, acreditamos estar aptos para avaliar o Marco Civil que faz parte do marco legal de regulação da liberdade de expressão na Internet no Brasil.

Nossa análise mostra que o Marco Civil é, em geral, uma peça progressiva da legislação com as garantias gerais satisfatórias para a proteção da liberdade de expressão e o direito à privacidade na Internet. Em particular, congratulamos que provedores de serviços na Internet só poderão ser responsabilizados por não cumprir uma ordem judicial obrigando-os a remover ou bloquear o acesso a conteúdo de terceiros. Da mesma forma, consideramos como uma

¹ Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=826EA337D30344419D52A8F2077B543C.node1?co_dteor=912989&filename=PL+2126/2011. Acesso em 6 de julho de 2012.

² ARTIGO 19, análise do Projeto de Lei do Cibercrime do Brasil, Janeiro de 2012; disponível no site

<http://www.artigo19.org/resources.php/resource/2946/en/brazil:-draft-cybercrimes-law>.

³ ARTIGO 19, análise da Lei sobre Informação e Tecnologias da Comunicação da Bolívia, Fevereiro de 2012; disponível no site <http://www.artigo19.org/resources.php/resource/2950/en/bolivia:-law-on-telecommunications-and-information-and-communication-technologies>.

⁴ ARTIGO 19, análise da Lei de Responsabilidades Sociais no Rádio, Televisão e Mídia Eletrônica da República Bolivariana da Venezuela, Dezembro de 2011; disponível no site

<http://www.artigo19.org/resources.php/resource/2894/en/venezuela:-law-on-social-responsibility-of-radio,-television-and-electronic-media>

⁵ ARTIGO 19, análise da Lei de Criminalidade Informática da República Islâmica do Irã, Janeiro de 2012; disponível no site <http://www.artigo19.org/azad-resources.php/resource/2921/en/islamic-republic-of-iran:-computer-crimes-law>.

⁶ ARTIGO 19, análise das Telecomunicações do Paquistão (Reorganização) Ato, 1996, Janeiro 2012; disponível no site <http://www.artigo19.org/data/files/medialibrary/2949/12-02-pakistan.pdf>

⁷ ARTIGO 19, análise do estado das liberdades da Internet na Tunísia, Março 2012; disponível no site

<http://www.artigo19.org/resources.php/resource/3014/en/tunisia:-internet-regulation>

medida positiva que os usuários de internet apenas sejam identificados e seus dados de comunicações divulgados, cumprindo uma ordem judicial e limitado a determinados propósitos como investigações criminais e processos penais. Finalmente, se a lei for aprovada, o Brasil será um dos primeiros países a garantir a neutralidade da rede na América do Sul, um passo importante para assegurar a liberdade na Internet no continente como um todo.

No entanto, há uma série de pontos em que o Marco Civil ainda poderia ser melhorado para estar mais plenamente em conformidade com as normas internacionais para a proteção da liberdade de expressão. Em particular, algumas das disposições do Marco Civil no que diz respeito à retenção de dados são muito vagas e não refletem os requisitos da necessidade e da proporcionalidade de acordo com as leis internacionais de direitos humanos. Medidas mais específicas para a proteção da neutralidade da rede e acesso à Internet também seriam desejáveis.

A ARTIGO 19 conchama o Congresso Nacional e todas os interessados, incluindo organizações da sociedade civil, para aprovarem o Marco Civil e promover uma maior compreensão pública de suas disposições antes e depois dele ser promulgado.

A análise jurídica é dividida em duas seções. A primeira seção estabelece as normas e padrões internacionais aplicáveis sobre a proteção da liberdade de expressão online. A seção subsequente apresenta as características positivas do Marco Civil comparadas a esses padrões. Ela também identifica as formas nas quais o texto do Marco Civil pode ser melhorado e define as nossas principais recomendações sobre a forma de trazê-lo mais próximo aos padrões internacionais para a proteção da liberdade de expressão.

Padrões internacionais sobre a liberdade na Internet

Os direitos à liberdade de expressão e informação são essenciais para a promoção e proteção de todos os direitos humanos em uma sociedade democrática. Esta seção identifica as normas e padrões internacionais e regionais para a proteção destes direitos, em particular em relação à regulamentação dos conteúdos online, a responsabilidade dos provedores de serviços de Internet, vigilância e acesso à Internet. Estas normas e padrões formam a base das nossas recomendações sobre a melhor forma de proteger a liberdade de expressão na Internet no Brasil, que são estabelecidos na Seção III abaixo.

A proteção da liberdade de expressão sob a lei internacional

Declaração Universal dos Direitos Humanos

A ARTIGO 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁸ garante o direito de liberdade de expressão nos seguintes termos:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui o direito de ter opiniões sem interferência e o direito de procurar, receber e transmitir informações e ideias através de quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A DUDH, como uma resolução da Assembleia Geral da ONU, não é diretamente vinculativa para os Estados. No entanto, partes dela, incluindo a ARTIGO 19, são amplamente consideradas como tendo adquirido força jurídica como direito internacional consuetudinário desde a sua adoção em 1948⁹.

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) elabora e dá força jurídica para muitos dos direitos articulados na DUDH. O PIDCP vincula os seus 167 Estados-membros a respeitar suas disposições e implantar sua estrutura em nível nacional.¹⁰ O Brasil ratificou o PIDCP em 24 de janeiro de 1992 e é, portanto, legalmente obrigado a respeitar e assegurar o direito à liberdade de expressão contida na ARTIGO 19 do PIDCP:

1. Todos têm o direito à liberdade de opinião,
2. Todos têm o direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e transmitir informações e ideias de todo tipo, independentemente de fronteiras, seja oralmente, por escrito ou impresso, em forma de arte ou através de qualquer outra mídia de sua escolha.

Em setembro de 2011, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas ("HRC"), como órgão de monitoramento do tratado para o PIDCP, emitiu o Comentário Geral n.34, em relação ao artigo 19.¹¹ O Comentário Geral n.34 constitui uma interpretação oficial das normas mínimas garantidas pelo artigo 19 do PIDCP. A ARTIGO 19 considera o Comentário Geral n.34 como sendo um esclarecimento positivo do direito internacional relacionado à

⁸ Resolução da Assembleia Geral da ONU 217A(III), adotada em 10 de Dezembro de 1948.

⁹ *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (1980) (Circuito do Tribunal de Apelações dos EUA, segundo circuito)

¹⁰ Ver CCPR/C/GC/3 disponível no site <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

¹¹ Ver CCPR/C/GC/3 disponível no site <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>.

liberdade de expressão e o acesso à informação.¹² Ele é particularmente instrutivo numa série de questões relativas à liberdade de expressão na Internet.

Com importância, o Comentário Geral n.34 afirma que o artigo 19 do PIDCP protege todas as formas de expressão e os meios de sua disseminação, incluindo todas as formas de modos de expressão eletrônicos ou baseados na Internet.¹³ Em outras palavras, a proteção da liberdade de expressão aplica-se online da mesma maneira em que se aplica off-line.

Ao mesmo tempo, o Comentário Geral n.34 requer que os Estados-membros do PIDCP considerem a extensão que o desenvolvimento das tecnologias de informação, tais como a Internet e sistemas móveis de difusão eletrônica de informação, mudaram radicalmente as práticas de comunicação em todo o mundo.¹⁴ Em particular, o marco jurídico que regulamenta os meios de comunicação de massa devem levar em consideração as diferenças entre a mídia impressa e de radiodifusão e a Internet, ao mesmo tempo em que observa as maneiras em que as mídias convergem¹⁵.

Da mesma forma, os quatro relatores especiais para a proteção da liberdade de expressão destacaram na sua Declaração Conjunta sobre a Liberdade de Expressão e a Internet de junho de 2011 que as abordagens de regulamentação nos setores de telecomunicações e de radiodifusão não podem ser simplesmente transferidas para a Internet.¹⁶ Em particular, eles recomendam o desenvolvimento de abordagens específicas para responder a conteúdos ilegais online, enquanto apontam que as restrições específicas para o material divulgado através da Internet são desnecessárias¹⁷. Eles também promovem o uso da auto-regulação como uma ferramenta eficaz na correção do discurso danoso¹⁸.

Como um Estado-membro do PIDCP, o Brasil deve garantir que quaisquer de suas leis que tentem regular os modos de expressão eletrônicos e baseados na Internet cumpram o artigo 19 do PIDCP tal como interpretado pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e que estejam de acordo com as recomendações dos relatores especiais.

Convenção Americana de Direitos Humanos

No nível regional, a liberdade de expressão está protegida nos termos do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos(CADH), que em suas partes relevantes diz o seguinte:

Artigo 13 - Liberdade de Pensamento e Expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito inclui a liberdade de procurar, receber e transmitir informações e ideias de todo tipo,

¹² ARTIGO 19 declaração sobre o Comentário n° 34 do Comitê dos Direitos Humanos das Nações Unidas:

<http://www.article19.org/resources.php/resource/2631/en/un:-article-19-welcomes-general-comment-on-freedom-of-expression>

¹³ Comentário Geral n°34 do Comitê dos Direitos Humanos das Nações Unidas, para. 12.

¹⁴ *Ibid.*, para. 17.

¹⁵ *Ibid.*, para. 39.

¹⁶ Ver Declaração Conjunta sobre a Liberdade de Expressão e a Internet, Junho 2011, disponível no site:

<http://www.article19.org/data/files/pdfs/press/international-mechanisms-for-promoting-freedom-of-expression.pdf>

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

independentemente de fronteiras, seja oralmente, por escrito, impresso, em forma de arte, ou por qualquer outro de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no parágrafo anterior não estará sujeito à censura prévia, mas estará sujeito à imposição de responsabilidades subsequentes, que devem ser expressamente estabelecidas pela lei na medida necessária para assegurar:

- respeito aos direitos ou à reputação de outras pessoas, ou
- a proteção da segurança nacional, ordem pública, ou da saúde ou moral pública.

3. O direito de expressão não pode ser restringido por métodos ou meios indiretos, tais como o abuso de controles governamentais ou privados sobre a imprensa, as frequências de radiodifusão, ou equipamentos usados na difusão de informações, ou por qualquer outro meio com tendência a dificultar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

O Brasil ratificou a CADH em 7 de setembro de 1992. É, portanto, igualmente obrigado a cumprir os requisitos do artigo 13 tal como é interpretado pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos e de acordo com as recomendações da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Já em 1999, o Relator Especial da OEA para Liberdade de Expressão afirmou que a proteção da liberdade de expressão nos termos do artigo 13 da CADH estende-se à liberdade de expressão online:

A comunidade dos Estados Americanos reconhece explicitamente a proteção do direito de liberdade de expressão na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Esses instrumentos permitem uma interpretação ampla do âmbito da liberdade de expressão. O conteúdo da Internet está abrangido pelo artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O relator estimula os Estados membros a se abster da aplicação de qualquer tipo de regulamentação que possa violar os termos da Convenção.¹⁹

Mais recentemente, em janeiro de 2012, a relatora especial da OEA e o relator especial da ONU sobre a liberdade de opinião e expressão renovaram o seu apelo para uma forte proteção da liberdade de expressão na Internet. Em particular, eles lembraram que

A legislação que regula a Internet deve levar em conta as características especiais da Internet como uma ferramenta única e transformadora que permite a bilhões de indivíduos exercerem o seu direito à liberdade de pensamento e expressão, bem como uma gama de outros direitos humanos.²⁰

Como um Estado-membro da CADH, o Brasil está obrigado a assegurar que suas leis que regulam a liberdade de expressão na Internet cumpram os requisitos do artigo 13 da CADH e levem em conta as características especiais da Internet.

Limitações sobre os Direitos de Liberdade de Expressão

Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

¹⁹ Ver o Relator Especial da OEA sobre Liberdade de Expressão, Relatório Anual, Vol. 3 (1999), disponível no site: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99eng/Volume3c.htm>

²⁰ <http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=880&IID=1>

Embora o direito à liberdade de expressão seja um direito fundamental, ele não é garantido em termos absolutos. O artigo 19, parágrafo 3 do PIDCP permite que o direito seja restrito em relação aos seguintes aspectos:

O exercício dos direitos previstos no parágrafo 2 desse artigo implica em deveres e responsabilidades especiais. Portanto, ele pode ser submetido a certas restrições, mas estas só devem ser tais como as previstas pela lei e consideradas necessárias:

- (a) Ao respeito dos direitos ou da reputação de outrem;
- (b) Para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Restrições ao direito à liberdade de expressão devem ser rigorosas e estritamente sob medida e não podem colocar em risco o próprio direito. Para determinar se uma restrição é estreitamente adaptada, muitas vezes é articulado um teste de três partes. É necessário que as restrições sejam: (i) previstas por lei, (ii) tenham um objetivo legítimo, e (iii) que elas estejam em conformidade com os rigorosos testes de necessidade e proporcionalidade.²¹

- *Previsto em lei:* o artigo 19, parágrafo 3 do PIDCP exige que as restrições ao direito à liberdade de expressão sejam garantidas por lei. Em particular, a lei deve ser formulada com precisão suficiente para permitir a um indivíduo regular a sua conduta em conformidade.²² Restrições ambíguas ou excessivamente amplas de liberdade de expressão são, portanto, inaceitáveis de acordo com o artigo 19, parágrafo 3.
- *Objetivo legítimo:* Interferências ao direito à liberdade de expressão devem adotar um objetivo legítimo, como foram exaustivamente enumeradas nos incisos (a) e (b) do artigo 19, parágrafo do PIDCP. Como tal, seria inadmissível proibir sistemas de difusão de informação publicar material simplesmente baseado no fato de que eles lançam um olhar crítico sobre o governo ou sobre o sistema político social aderido pelo governo.²³ Da mesma maneira, uma restrição à liberdade de expressão não pode ser um pretexto para proteger o governo de constrangimento ou exposição de irregularidades ou para ocultar informações sobre o funcionamento de suas instituições públicas ou para defender uma ideologia em particular.
- *Necessidade:* os Estados participantes do PIDCP são obrigados a assegurar que as restrições legítimas sobre o direito à liberdade de expressão sejam necessárias e proporcionais. A necessidade requer que deve haver uma necessidade social premente para a restrição. A parte que invoca a restrição deve mostrar uma ligação direta e imediata entre a expressão e o interesse protegido. Proporcionalidade significa que se uma medida menos intrusiva é capaz de atingir a mesma finalidade do que uma mais restritiva, a medida menos restritiva deve ser aplicada.

Os mesmos princípios se aplicam aos formulários eletrônicos de comunicação ou expressão difundidos na Internet. Em particular, o Comitê de Direitos Humanos da ONU afirmou, em seu Comentário Geral n. 34, que:

43. Qualquer restrição à operação de sites, blogs ou qualquer outro sistema baseado na Internet, eletrônico ou outro sistema de divulgação de informações, incluindo sistemas de apoio à comunicação, tais como provedores de serviços da Internet ou ferramentas de busca, só são admissíveis na medida em que eles são compatíveis com o parágrafo 3. Restrições admissíveis em geral devem ser de conteúdo específico;

²¹ *Velichkin v. Belarus*, Comunicação No. 1022/2001, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1022/2001 (2005).

²² *Leonardus J.M. de Groot v. Holanda*, No. 578/1994, U.N. Doc. CCPR/C/54/D/578/1994 (1995).

²³ Observações finais do Comitê de Direitos Humanos sobre a República Árabe Síria CCPR/CO/84/SYR

proibições genéricas sobre o funcionamento de determinados sites e sistemas não são compatíveis com o parágrafo 3. Também é incompatível com o parágrafo 3 proibir um site ou um sistema de disseminação de publicar o material apenas baseado no fato de que possa criticar o governo ou o sistema político e social defendido pelo governo²⁴.

Estes princípios ecoam as conclusões do Relator Especial da ONU sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e de expressão, Frank La Rue, em um recente relatório de 16 de maio de 2011.²⁵

Convenção Americana de Direitos Humanos

Nos termos do artigo 13 da CADH, qualquer restrição ao direito à liberdade de expressão deve cumprir o mesmo teste de três partes como aquele do PIDCP, a saber: (i) a restrição deve ser prevista por lei, (ii) a restrição deve seguir um objetivo legítimo reconhecido nos termos do artigo 13, e (iii) a restrição deve ser proporcional ao objetivo perseguido.

Em particular, vale a pena notar que o Relator Especial da OEA declarou recentemente que:

Ao considerar tanto a legislação nacional e os tratados internacionais, como o Acordo de Comércio Anti-Falsificação, os Estados devem recordar que, enquanto a liberdade de expressão pode ser limitada na busca de objetivos legítimos, como a prevenção do crime ou a proteção dos direitos de outros, tais limitações devem ser estreitamente adaptadas e interferir o mínimo possível no direito à liberdade de expressão. Qualquer medida que afete um discurso na Internet deve ser especificamente compreendida para preservar a capacidade única da Internet de promover a liberdade de expressão, facilitando a livre troca de informações e ideias instantaneamente e de forma econômica e independentemente de fronteiras.²⁶

Papel e responsabilidade dos provedores de serviços da Internet

Intermediários, tais como provedores de serviços da Internet, ferramentas de busca, plataformas de mídia social e os anfitriões da web desempenham um papel crucial em relação ao acesso à Internet e à transmissão de conteúdo de terceiros. Eles passaram a ser vistos como os *gatekeepers* da Internet. Para ativistas da Internet, eles são elementos essenciais do exercício significativo do direito à liberdade de expressão, facilitando o livre fluxo de informações e de ideias em todo o mundo, enquanto as agências de aplicação da lei os veem como peça central em qualquer estratégia para combater a atividade criminosa online.

Dada a enorme quantidade de informação disponível na Internet, a qual poderia ser potencialmente ilegal, como por exemplo, a lei de direitos autorais, de difamação, de discurso de ódio e leis penais de proteção às crianças contra a pornografia infantil, os provedores tem tido um forte interesse em buscar a isenção de responsabilidade na Internet.

Em muitos países ocidentais, provedores têm recebido imunidade para conteúdo de terceiros.²⁷ Eles também têm sido isentos de monitoramento de conteúdo.²⁸ No entanto,

²⁴ Observações conclusivas sobre a República Árabe Síria (CCPR/CO/84/SYR).

²⁵ http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf

²⁶ Ver Declaração Conjunta com o Relator Especial da ONU sobre Liberdade de Opinião e Expressão de 2012, citado acima no n.º 21.

²⁷ Ver artigo 15 da diretiva de comércio eletrônico. No caso recente da SABAM versus Scarlet Extended SA, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) considerou que uma liminar exigindo um ISP para instalação de um sistema de filtragem que tornaria absolutamente impossível que seus clientes enviassem ou recebessem arquivos de peças musicais usando “peer-to-peer software” sem a permissão dos detentores dos direitos os obrigaria a monitorar todos os dados relativos a cada um de seus clientes, o que seria uma violação do direito à privacidade e

foram submetidos a procedimentos de “aviso prévio e remoção”, que os obrigam a remover o conteúdo uma vez que são notificados por particulares ou agências de aplicação da lei de que um determinado conteúdo é ilegal. Este sistema pode ser encontrado, por exemplo, na diretiva sobre comércio eletrônico na UE e no Digital Millennium Copyright Act 1998 (Lei de Direitos Autorais Digitais Millennium - os chamados “portos seguros”), nos EUA.

Uma série de problemas foi identificada em relação aos procedimentos de “aviso prévio e remoção”. Primeiro, eles muitas vezes **carecem de uma base jurídica clara**. Por exemplo, um relatório recente da OSCE para a Liberdade de Expressão na Internet destaca que:²⁹

Disposições relativas à responsabilidade dos prestadores de serviços não são sempre claras e disposições de aviso prévio e remoção complexas existem para a remoção de conteúdo da Internet dentro de um número de Estados-membros. Cerca de 30 Estados-membros têm leis baseadas na Diretiva de Comércio eletrônico da UE. No entanto, as disposições da Diretiva da UE, ao invés de alinhar as políticas de nível estadual, criaram divergências de interpretação durante o processo de implantação nacional. Estas diferenças surgiram logo que as disposições foram aplicadas pelos tribunais nacionais. Ciente destas questões, a Comissão Europeia lançou uma consulta durante 2010, sobre a interpretação das cláusulas de responsabilidade de intermediários. Um relatório de avaliação é esperado em 2011.

Além disso, **esses procedimentos carecem de justiça**: em vez de obter uma ordem judicial exigindo que o provedor remova material ilegal (o que, pelo menos em princípio, implicaria em uma determinação judicial independente dizendo que o material é realmente ilegal), os provedores são obrigados a atuar apenas na palavra de uma entidade privada ou organismo público. Isso é problemático porque os intermediários tendem a errar por cautela e remove de material que pode ser perfeitamente legítimo e legal. Como o Relator Especial da ONU sobre liberdade de expressão recentemente observou:³⁰

42. Enquanto um sistema de aviso e remoção é uma forma de evitar que intermediários se engajem ativamente ou que encorajem comportamento ilegal em seus serviços, ele está sujeito a abusos por parte tanto do Estado e de agentes privados. Os usuários que são notificados pelo prestador de serviço que o seu conteúdo fora marcado como ilegal, muitas vezes têm poucas condições ou poucos recursos para desafiar a remoção. Além disso, dado que os intermediários possam ser considerados financeiramente ou, em alguns casos, criminalmente responsáveis se não removerem o conteúdo mediante o recebimento da notificação referente a conteúdo ilegal por usuários, eles estão inclinados a errar por segurança ao censurar demasiadamente um conteúdo potencialmente ilegal. A falta de transparência nos processos de tomada de decisão dos provedores também obscurece muitas vezes práticas discriminatórias ou a pressão política que afeta as decisões das empresas. Além disso, os provedores, como entidades privadas, não estão em melhor posição para determinar se um conteúdo em particular é ilegal - o que requer cuidadoso equilíbrio de interesses concorrentes e a consideração das defesas.

o direito à liberdade de receber ou transmitir informações. O tribunal observou que essa injunção poderia minar potencialmente a liberdade de informação já que o sistema de filtragem sugerido poderia não distinguir adequadamente entre os conteúdos ilegais e os lícitos, o que resultaria, com a sua introdução, num possível bloqueio das comunicações legais.

²⁸ Relatório da OSCE, Liberdade de Expressão e a Internet, julho 2011, p 30.

²⁹ OSCE report, Freedom of Expression and the Internet, July 2011, p 30.

³⁰ Ver Relatório do Relator Especial sobre a Liberdade de Expressão da ONU, citada acima na nota 26, para. 42.

Consequentemente, os quatro relatores especiais sobre a liberdade de expressão recomendaram na sua Declaração Conjunta de 2011 sobre a Liberdade de Expressão e a Internet que:

- (i) Ninguém deve ser responsabilizado por conteúdo produzido por outros na prestação de serviços técnicos, tais como acesso, busca, ou transmissão ou armazenamento em cache de informações;³¹
- (ii) A responsabilidade só deve ser atribuída se o intermediário interveio especificamente no conteúdo publicado online;³²
- (iii) provedores e outros intermediários só devem ser obrigados a remover conteúdo mediante uma ordem judicial, ao contrário da prática de aviso prévio e remoção.³³

Da mesma forma, o Relator Especial da ONU sobre liberdade de expressão declarou que:

Medidas de censura nunca devem ser delegadas a uma entidade privada e ninguém deve ser responsabilizado por conteúdo na Internet do qual não seja o autor. Na verdade, nenhum Estado deveria usar ou forçar provedores a realizar censura em seu nome.³⁴

Ele recomendou ainda que, a fim de evitar a violação do direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade, os intermediários devem:³⁵

Apenas implantar restrições a estes direitos após intervenção judicial, serem transparentes com o usuário envolvido a respeito das medidas tomadas e, quando for aplicável, ao público em geral; fornecer, se possível, assessoria aos usuários antes da aplicação de medidas restritivas e minimizar o impacto das restrições estritamente ao conteúdo envolvido.

Finalmente, o Relator Especial enfatizou a necessidade de soluções eficazes para usuários afetados, incluindo a possibilidade de recurso através dos procedimentos previstos pelo provedor e por uma autoridade judiciária competente.³⁶

Vigilância de comunicações

A garantia do direito à privacidade nas comunicações online é essencial para assegurar que os indivíduos tenham a confiança para exercer livremente seu direito à liberdade de expressão. A vigilância em massa de comunicações online, portanto, levanta preocupações significativas quanto ao direito à privacidade e à liberdade de expressão.

O direito de comunicações privadas é fortemente protegido pelo direito internacional através do artigo 17 do PIDCP, o qual afirma que:

1. Ninguém será sujeito a interferências arbitrárias ou ilegais em sua privacidade, família, lar ou correspondência, nem a ofensas ilegais à sua honra e reputação.
2. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

No Comentário Geral n.16 sobre o direito à privacidade, o Comitê de Direitos Humanos da ONU esclareceu que:

³¹ Nota Supra 17.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ver Relatório do Relator Especial da ONU sobre a Liberdade de Opinião e Expressão, citada acima na nota 26, para. 43.

³⁵ *Ibid.* para. 47.

³⁶ Ibid.

3. O termo "ilegal" significa que nenhuma interferência poderá acontecer a não ser em casos previstos pela lei. Interferência autorizada por Estados só pode acontecer com base na lei, a qual deve estar de acordo com as disposições, propósitos e objetivos do Pacto.

O Comitê continua explicando que:

4. A expressão "interferência arbitrária" é também relevante para a proteção do direito previsto no artigo 17. Na opinião do Comitê, a expressão "interferência arbitrária" também pode se estender a interferências previstas na lei. A introdução do conceito de arbitrariedade visa garantir que mesmo a interferência prevista por lei deve estar em conformidade com as disposições, propósitos e objetivos do Pacto e deve ser, em qualquer caso, razoável nas circunstâncias particulares.

O Comitê afirmou ainda que:

8. Mesmo em relação às interferências que estejam em conformidade com o Pacto, a legislação pertinente deve especificar em detalhe as circunstâncias precisas em que tais interferências podem ser permitidas. A decisão de fazer uso de tal interferência autorizada deve ser feita apenas pela autoridade designada nos termos da lei e com base no caso a caso.

O Relator Especial da ONU sobre a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, enquanto contestava o terrorismo, argumentou que, assim como as restrições sobre o direito à liberdade de expressão sob o artigo 19, as restrições ao direito à privacidade nos termos do artigo 17 do PIDCP devem ser interpretadas como assunto para o teste de três partes:³⁷

O artigo 17 do Pacto deve também ser interpretado como contendo os referidos elementos de um teste de limitações permitidas. Restrições que não estejam previstas na lei são "ilegais" na acepção do artigo 17 e as restrições que estejam longe de ser necessárias ou que não servem um objetivo legítimo constituem uma interferência "arbitrária" com os direitos previstos no artigo 17.

O Relator Especial ainda definiu o âmbito das restrições legítimas sobre o direito à privacidade da seguinte forma:³⁸

Estados podem fazer uso de medidas de vigilância específicas desde que seja um caso específico de interferência, com base em um mandado emitido por um juiz na mostra de causa provável ou motivos razoáveis. Deve haver alguma base factual relacionada ao comportamento de um indivíduo, o que justifica a suspeita de que ele possa estar envolvido na preparação de um ataque terrorista.

A falta de capacidade dos indivíduos de comunicar-se reservadamente afeta substancialmente a sua liberdade de direitos de expressão. Em seu relatório de 16 de maio de 2011, o Relator Especial da ONU sobre a Liberdade de Opinião e Expressão expressou suas preocupações de que:

53. A Internet também apresenta novas ferramentas e mecanismos através dos quais tanto o Estado quanto os agentes privados podem monitorar e coletar informações sobre as comunicações e atividades dos indivíduos na Internet. Tais práticas podem constituir uma

³⁷ Relatório do Relator Especial sobre a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, enquanto contesta o terrorismo, Martin Scheinin A/HRC/13/37, 28 de dezembro de 2009.

³⁸ *Ibid.*, para. 21

violação do direito à privacidade dos usuários da Internet e, ao minar a confiança das pessoas e da segurança na Internet, impedir o livre fluxo de informações e ideias online.

O Relator Especial da Liberdade de Expressão observou ainda que:

59. O direito à privacidade pode estar sujeito a restrições ou limitações em certas circunstâncias excepcionais. Isso pode incluir medidas estatais de vigilância para fins de administração de justiça criminal, prevenção do crime ou no combate ao terrorismo. No entanto, tal interferência é permitida apenas se os critérios para limitações permissíveis sob a lei internacional de direitos humanos forem cumpridos. Assim, deve haver uma lei que defina claramente as condições em que o direito dos indivíduos à privacidade possa ser limitado em circunstâncias excepcionais e as medidas de usurpar este direito sejam tomadas com base em uma decisão específica por uma autoridade do Estado expressamente autorizada por lei a fazê-lo, geralmente o Judiciário, com a finalidade de proteger os direitos dos outros, como por exemplo, assegurar provas para evitar a execução de um crime e deve respeitar o princípio da proporcionalidade.

Em particular, o Relator Especial recomendou que os Estados devem assegurar que os indivíduos possam se expressar anonimamente online e que se abstenham de adotar sistemas de registro com nome real.³⁹

Acesso à Internet e neutralidade de rede

Acesso à Internet

A Internet tornou-se um requisito básico para o exercício da liberdade de expressão. Ela é também necessária para o exercício significativo de outros direitos e liberdades, como a liberdade de assembleia. Estados estão, portanto, sob uma obrigação positiva de promover e facilitar o acesso à Internet. O Relator Especial da ONU sobre a Liberdade de Expressão, Frank La Rue, assim declarou recentemente:⁴⁰

Dado que a Internet se tornou uma ferramenta indispensável para a realização de uma série de direitos humanos, combatendo a desigualdade e acelerando o desenvolvimento e progresso humano, garantir o acesso universal à Internet deve ser uma prioridade para todos os Estados.

O Relator Especial recomendou que os Estados elaborassem políticas concretas envolvendo todos os interessados com vista a assegurar o acesso universal, isto é, tornar a Internet amplamente disponível e acessível a todos os segmentos da população. Em particular, ele sugeriu que os Estados devem trabalhar em parceria com o setor privado para garantir a conectividade de Internet em todas as localidades habitadas, inclusive em áreas rurais remotas. Ele observou ainda que os Estados poderiam subsidiar os serviços de Internet e hardware de baixo custo.

Da mesma forma, os quatro relatores especiais para a liberdade de expressão articularam uma série de princípios em relação ao acesso à Internet na sua Declaração Conjunta de 2011 sobre a Liberdade de Expressão e a Internet, com o seguinte teor:

6. Acesso à Internet

a. Dado o efeito ao direito à liberdade de expressão, impõe-se uma obrigação aos Estados

³⁹ *Ibid.*, para. 84.

⁴⁰ Ver Relatório do Relator Especial sobre Liberdade de Expressão de 10 de Agosto de 2011, disponível aqui: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/A.66.290.pdf>

de promover o acesso universal à Internet. O acesso à Internet é também necessário para promover o respeito a outros direitos, tais como o direito à educação, à saúde e ao trabalho, o direito de reunião e de associação e o direito a eleições livres.

b. Cortar o acesso à Internet, ou partes da Internet, para populações inteiras ou segmentos do público (desligando a Internet) nunca poderá ser justificado, inclusive sobre a ordem pública ou razões de segurança nacional. O mesmo se aplica à redução de velocidade impostas à Internet ou partes da Internet.

c. Negar o direito de acesso à Internet às pessoas como um castigo é uma medida extrema, que poderia ser justificada apenas quando medidas menos restritivas não estejam disponíveis e quando ordenadas por um tribunal, levando em conta o impacto desta medida sobre o prazer dos direitos humanos.

d. Outras medidas que limitam o acesso à Internet, tais como a imposição de um registro ou de outros requisitos aos prestadores de serviços, não são legítimas a menos que estejam em conformidade com o teste de restrições à liberdade de expressão sob a lei internacional.

e. Os Estados têm uma obrigação positiva de facilitar o acesso universal à Internet. No mínimo, os Estados devem:

i. Implantar mecanismos de regulação - que podem incluir regimes de preços, os requisitos do serviço universal e contratos de licenciamento - promovendo um maior acesso à Internet, inclusive para os pobres e moradores nas zonas rurais longínquas.

ii. Prestar apoio direto para facilitar o acesso, inclusive estabelecendo centros de TIC baseados na comunidade e outros pontos de acesso público.

iii. Promover a conscientização adequada sobre como usar a Internet e os benefícios que ela pode trazer, especialmente entre os pobres, crianças e idosos e populações rurais isoladas.

iv. Pôr em prática medidas especiais para garantir o acesso equitativo à Internet para deficientes e para pessoas desfavorecidas.

f. Para realizar o acima citado, os Estados devem adotar planos plurianuais detalhados de ação para ampliar o acesso à Internet que incluam objetivos claros e específicos, bem como normas de transparência, de informação pública e sistemas de monitoramento.

A partir de uma perspectiva comparada, também deve ser observado que alguns países ocidentais reconheceram expressamente o direito de acesso à Internet na sua legislação nacional ou não. Por exemplo, o Conselho Constitucional francês declarou em 2009 que o acesso à Internet é um direito fundamental. Na Finlândia, um decreto foi aprovado em 2009 o qual prevê que todas as conexões da Internet precisam ter uma velocidade de pelo menos um Megabyte por segundo. O acesso à Internet é também reconhecido como um direito humano básico na Estônia desde 2000.

Neutralidade da rede

Um componente importante do direito de acesso à Internet é o princípio da neutralidade da rede. Ele protege o direito dos consumidores de acessar o conteúdo, aplicativos, serviços e hardware de sua escolha, sem restrições por parte dos provedores de serviços da Internet ou governos.

O princípio da neutralidade da rede requer que todo o tráfego da Internet seja tratado igualmente, ou seja, sem discriminação com base no conteúdo, dispositivo, autor, origem ou destino do conteúdo, serviço ou aplicação. Isso significa que provedores de serviços da Internet ou governos não devem ser autorizados a utilizar o seu controle sobre a infraestrutura

da Internet ou seu poder de mercado para bloquear conteúdo, priorizar, diminuir a velocidade de acesso a determinadas aplicações ou serviços, como a transmissão colega-para-colega. Em outras palavras, a neutralidade da rede é essencial para preservar a infraestrutura e a abertura da Internet. Ela é também essencial para o compartilhamento de informações e ideias na Internet, como garantida pela lei internacional dos direitos humanos. Por esta razão, os quatro relatores especiais sobre a liberdade de expressão aprovaram um conjunto de princípios em relação à neutralidade da rede em sua Declaração Conjunta de 2011 sobre a Liberdade de Expressão e a Internet. Em particular, eles declararam o seguinte:⁴¹

Neutralidade da Rede

- a. Não deve haver nenhuma discriminação no tratamento de dados e tráfego da Internet, com base no dispositivo, conteúdo, autor, origem e/ou destino do conteúdo, serviço ou aplicação.
- b. Provedores de Internet devem ser obrigados a manter transparência sobre todo o tráfego ou práticas de gestão de informações que eles empregam e informações relevantes sobre tais práticas devem ser disponibilizadas de uma forma que seja acessível a todos os interessados.

A adoção de quaisquer regras de neutralidade da rede em nível nacional deve refletir esses padrões. Neste sentido, a recente lei chilena sobre a neutralidade da rede oferece um exemplo positivo na medida em que dá garantias bastante abrangentes contra as práticas discriminatórias por provedores⁴².

Em particular, é importante para garantir que existam proteções suficientes contra a discriminação entre diferentes tipos de serviços de Internet, tais como a banda larga fixa e móvel. Por exemplo, a ARTIGO 19 criticou as regras adotadas pela Comissão Federal de Comunicações dos Estados Unidos da América em dezembro de 2010, uma vez que ela não forneceu garantias suficientes a esse respeito.⁴³ A União Europeia atualmente está considerando a adoção de regras de neutralidade da rede.

⁴¹ Ver Declaração Conjunta de 2011 citada acima na nota 17.

⁴² Ver http://www.subtel.gob.cl/prontus_subtel/site/artic/20100826/pags/20100826145847.html

⁴³ To read more about ARTICLE 19's concerns with the FCC rules, please go to: <http://www.article19.org/resources.php/resource/2824/en/net-neutrality-stronger-rules-needed-in-us-and-eu>

Análise do Marco Civil

Aspectos positivos do Marco Civil

A ARTIGO 19 congratula um número de características positivas do Marco Civil da perspectiva de normas e padrões internacionais para a proteção da liberdade de expressão online. Em particular, o Marco Civil contém medidas positivas na área da responsabilidade dos intermediários, proteção de dados e neutralidade da rede.

Comentários Gerais

No início, a ARTIGO 19 dá boas vindas à maneira geral pela qual o Marco Civil foi elaborado, especialmente o primeiro capítulo que contém os princípios básicos e valores que regem o uso da Internet no Brasil. Em particular, ficamos satisfeitos de ver o seguinte:

- direitos humanos, pluralismo, diversidade e abertura são claramente definidos como os valores básicos que sustentam o uso da Internet no Brasil (artigo 2);
- os princípios orientadores para a regulamentação da Internet no Brasil incluem o direito à liberdade de expressão, garantido pela Constituição, o direito à privacidade e à neutralidade da rede (artigo 3);
- o projeto de lei visa promover o acesso à Internet e o acesso à informação (artigo 4).

Nós também achamos encorajador que os direitos dos usuários da Internet sejam colocados à frente deste projeto. Isso é evidente no Capítulo 2 que reitera que a liberdade de expressão e o direito à privacidade são essenciais para o usufruto dos usuários do direito de acesso à Internet (Artigo 8).

Neutralidade da rede – Capítulo III, seção 1

A ARTIGO 19 congratula a seção 1 do capítulo 3, que essencialmente garante o princípio da neutralidade da rede no Brasil. Se a lei for aprovada, o Brasil se tornará o segundo país da América Latina a reconhecer plenamente esse princípio que é fundamental para garantir a Internet aberta.

Direito à privacidade e proteção de dados - Capítulo III, seção 2 e 4.

A ARTIGO 19, em geral, apoia as seções 2 e 4 do Capítulo 3, que buscam proteger os dados de comunicações e as informações que permitem a identificação de usuários da Internet. Em nossa opinião, a seção 4 apresenta um procedimento satisfatório para proteger o direito à privacidade dos usuários de Internet, uma vez que dados de comunicações só podem ser divulgados mediante uma ordem judicial. Além disso, na seção 4, a responsabilidade recai sobre a parte requerente para fornecer evidências de que a atividade ilícita tenha ocorrido e provar que a divulgação dos dados é útil para os propósitos da investigação.

Além disso, constatamos com aprovação que a retenção de dados de comunicações por mais de um ano só pode ser autorizada por um juiz, a pedido de autoridades policiais, o que está de acordo com os requisitos de supervisão judicial nos termos do artigo 17 do PIDCP e do artigo 11 da CADH.

Responsabilidade do Intermediário – Capítulo III, seção 3.

A ARTIGO 19 saúda o fato de que, de acordo com a seção 3 do Capítulo 3, os provedores de serviços da internet não se responsabilizam por conteúdo de terceiros. Além disso, eles só podem remover material após uma ordem judicial. Em outras palavras, procedimentos

extrajudiciais de aviso prévio e remoção não são permitidos. A Seção 3 exige ainda que tal decisão deva ser de conteúdo específico. A Seção 3 está, portanto, em plena consonância com as recomendações dos relatores especiais para a liberdade de expressão, descritos na Seção I deste relatório.

Acesso à Internet – Capítulo IV

Em grande parte, a ARTIGO 19 favorece as medidas nas quais as autoridades governamentais são necessárias para promover o Capítulo IV do projeto de lei, em particular: a promoção da interoperabilidade dos sistemas de comunicação, o desenvolvimento de infraestruturas que respeitem a neutralidade da rede e a abertura da Internet, o treinamento de habilidades digitais e maior acesso à Internet, inclusive em áreas remotas.

Propostas para melhorias do Marco Civil

A ARTIGO 19 acredita que o Marco Civil poderia estar mais de acordo com as leis internacionais e normas comparativas sobre a proteção da liberdade de expressão e o direito à privacidade se as seguintes recomendações fossem incorporadas à sua versão final.

Comentários Gerais

A ARTIGO 19 observa que o Capítulo III do Marco Civil diz respeito à "conexão de Internet e aplicações" e contém quatro seções. A Seção 1 intitula-se "o tráfego de dados" e, essencialmente, trata da neutralidade da rede. A Seção 2 aborda a retenção de dados, enquanto a seção 4 define o procedimento para a divulgação de dados das comunicações. A Seção 3 trata da responsabilidade do intermediário com conteúdo de terceiros.

Nós questionamos se a estrutura e o título do Capítulo III, bem como o título de algumas das seções naquele capítulo, são adequados. Em nossa opinião, a atual estrutura e os títulos são confusos e seria melhor organizá-los da seguinte forma:

- *Em primeiro lugar*, a seção 1 deveria ser designada como "neutralidade da rede", já que assim estabeleceria mais firmemente o reconhecimento deste importante princípio. Além disso, ela deve fazer parte de um capítulo separado (por exemplo, Capítulo III), mantendo o mesmo nome, que também incluiria as medidas contidas no ARTIGO 19, Capítulo IV, que estão intimamente relacionadas com a neutralidade da rede.
- *Em segundo lugar*, as seções 2 e 4 devem ser reunidas em um capítulo separado (por exemplo, o Capítulo 4), intitulado "retenção de dados", que iria cobrir a manutenção de dados de comunicações e procedimentos aplicáveis para divulgação.
- *Em terceiro lugar*, a seção 3, que trata da responsabilidade dos intermediários, deve fazer parte de um capítulo separado (por exemplo, Capítulo 5) já que diz respeito a uma questão que é substancialmente diferente da retenção de dados.

Recomendações:

- O Capítulo III deve ser reorganizado e renomeado para refletir os diferentes aspectos que pretende abordar, incluindo a neutralidade da rede, a retenção de dados e a responsabilidade do intermediário.

Direitos e garantias do usuário – Capítulo II

Como já mencionado, a ARTIGO 19, em geral acolhe o fato de que os direitos e garantias dos usuários tenham sido colocados no centro do Marco Civil. Saudamos também o fato de que

nos termos do artigo 7, inciso 5 do Projeto, as comunicações dos consumidores na Internet só podem ser divulgados na sequência de uma ordem judicial para determinados fins, ou seja, investigações criminais e procedimentos penais. No entanto, em nossa opinião, esta disposição poderia ser melhorada usando a linguagem do artigo 17 do PIDCP (direito à privacidade), em particular o teste de proporcionalidade. Acreditamos que o direito à privacidade seria mais bem protegido se a ARTIGO 7, inciso 5 afirmasse expressamente que os dados de comunicações da Internet não devem ser divulgados a terceiros, exceto quando autorizados por um tribunal e *em circunstâncias em que fosse necessário e proporcional para a proteção de interesses limitados*, tais como a investigação de crimes graves. Notamos, entretanto, que algumas das nossas preocupações podem ser abordadas pelo projeto de lei de proteção de dados, que está prestes a ser enviada ao Congresso.

Temos duas outras observações menores. Primeiro, acreditamos que o artigo 8, que estabelece os direitos e os princípios gerais, deve preceder o artigo 7, que estabelece mais direitos específicos relacionados com o direito de acesso à Internet. Em segundo lugar, o artigo 7 prevê que o acesso à Internet é essencial para a cidadania. Embora isso seja verdade, o acesso à Internet vai bem além disso. Em particular, o Relator Especial da ONU destacou recentemente que:⁴⁴

O acesso à Internet é essencial não só para que se desfrute do direito à liberdade de expressão, mas também outros direitos, tais como o direito à educação, o direito à liberdade de associação e de reunião, o direito à participação plena na vida social, cultural e política e do direito ao desenvolvimento social e econômico.

Acreditamos, portanto, que o artigo 7 deva ser alterado para refletir as implicações mais amplas de acesso à Internet para o exercício de outros direitos.

Recomendação:

- O artigo 7, inciso 5 deve ser alterado no sentido de que os dados de comunicação da Internet não sejam divulgados a terceiros, exceto quando autorizado por um tribunal e *em circunstâncias em que seja necessário e limitado para a proteção de interesses limitados*, tais como a segurança nacional ou a investigação de crimes graves.

Retenção de Dados – Capítulo III

Como o Relator Especial da ONU disse recentemente: "*O direito à privacidade é essencial para que os indivíduos se expressem livremente*".⁴⁵ Por isso, é vital que as disposições relativas à retenção e acesso de dados de comunicações estejam em conformidade com os requisitos das leis internacionais dos direitos humanos.

A ARTIGO 19 tem três preocupações principais sobre as disposições de retenção no Capítulo III do Código do Marco Civil. Notamos, porém, que com o Capítulo 2 acima, algumas dessas preocupações podem ser tratadas no projeto de lei de proteção de dados pessoais, prestes a ser enviado ao Congresso. É claro para nós que ela também deve refletir os princípios que esboçados na primeira seção desta análise e evitar as falhas que identificamos no Marco Civil da seguinte forma:

- *Primeiramente*, a ARTIGO 9, parágrafo único, prevê que a filtragem e monitoramento do conteúdo de comunicações da Internet não são permitidos, "*exceto de acordo com as disposições da*

⁴⁴ Nota supra 41, para. 61.

⁴⁵ Supra Nota 26, no para. 53.

legislação aplicável". Em nossa opinião, isso é muito vago e não cumpre com o requisito previsto no artigo 17 do PIDCP, o qual prevê que qualquer restrição ao direito à privacidade deve ser previsto por lei. Por exemplo, o artigo 15 da Diretiva de comércio eletrônico afirma claramente que os provedores de serviço da Internet não têm a obrigação geral de monitorar as informações que passam por suas redes, sem exceções. Nós entendemos, no entanto, que a utilização de inspeção profunda de pacotes pode ser necessária em determinadas circunstâncias, por razões puramente técnicas relacionadas com a manutenção da integridade da rede, por exemplo. Assim sendo, recomendamos que o artigo 9, parágrafo único seja alterado, a fim de definir mais claramente as circunstâncias mais limitadas em que essa interferência possa ser necessária.

- *Em segundo lugar*, notamos que nos termos do artigo 10, parágrafo 3 os provedores podem estar sujeitos a penalidades civis, criminais e administrativas no caso de descumprimento da exigência de não divulgação dos dados de comunicações dos seus clientes. Ao mesmo tempo em que acolhemos vigorosas leis de proteção de dados, estamos preocupados com o fato de que, neste caso, as sanções, que poderão ser penais, não estejam definidas na lei em violação da exigência de segurança jurídica nos termos do artigo 17 do PIDCP.

- *Em terceiro lugar*, o artigo 11, parágrafo 2 permite que as agências de aplicação da lei ou as autoridades públicas se candidatem a uma prorrogação do período de retenção de dados, a qual nos termos do artigo 11, parágrafo 1 é "pelo menos de um ano". O artigo 11, parágrafo 3 esclarece que a extensão só pode ser autorizada por um tribunal. O artigo 13, parágrafo 2 mais parece sugerir que as ordens de extensão só podem ser concedidas se estiverem ligadas a "fatos específicos" que se referem a um "determinado período". A ARTIGO 19 considera que o artigo 11, parágrafo 2 deve esclarecer desde logo que a extensão dos períodos de retenção de dados só pode ser concedida por um tribunal. Além disso, deve ficar claro que essa ordem só pode ser concedida sempre que for necessária e proporcionada para uma gama limitada de finalidades, tais como a segurança nacional ou a investigação de crimes graves. Da mesma forma, acreditamos que apenas um número limitado de entidades públicas deva ser autorizado a solicitar o acesso a dados de comunicações. No Reino Unido, por exemplo, houve um protesto público após a descoberta de que uma autoridade local havia usado seus poderes de dados de comunicações para espionar uma família que havia supostamente enviado seus filhos para uma escola fora da área de moradia.⁴⁶ Por fim, acreditamos que o artigo 11 deva prever uma data limite de remoção além da qual já não seja mais permitida a retenção de dados de comunicações.

Além disso, a ARTIGO 19 tem duas outras observações menores. Primeiro, o artigo 10, parágrafo 2 estabelece a obrigação dos provedores de fornecerem informações completas sobre medidas de segurança e de não divulgação. No entanto, não fica claro para nós quem esta disposição se destina a beneficiar. Parece que os consumidores seriam os principais beneficiários. Em todo caso, seria útil se isso pudesse ser mais claramente enunciado no artigo 10, parágrafo 2.

Recomendações:

- • A ARTIGO 9, parágrafo único deve ser alterado a fim de definir mais claramente que a filtragem ou o monitoramento da Internet não são permitidas, *exceto quando necessárias por razões técnicas relacionadas à manutenção da integridade da rede*. Embora tal definição conste do caput do artigo 9, é importante que a mesma seja reafirmada no parágrafo único, já que o caput trata de neutralidade e o parágrafo único esta mais focado nos temas de filtragem e monitoramento de conteúdos.

⁴⁶ Veja JUSTICE, *Freedom from Suspicion*, September 2011, at 174.

- As sanções penais, civis e administrativas pelo não cumprimento da exigência de não divulgação de dados de comunicações devem ser claramente especificados;
- A ARTIGO 11, parágrafo 2 deve deixar claro desde o início que a extensão dos períodos de retenção de dados só pode ser concedida por um tribunal e quando for necessária e proporcionada para uma gama limitada de fins, tais como a segurança nacional ou a investigação de crimes graves. Da mesma forma, o acesso a dados de comunicações só deve ser concedido a um número limitado de autoridades públicas. Finalmente, a ARTIGO 11 deve prever um período de remoção para além do qual já não é mais permitido reter dados de comunicações.

Ação por parte das autoridades – Capítulo IV

Nós já observamos acima que a ARTIGO 19 do capítulo IV seria mais bem colocado no âmbito de um capítulo separado, lidando com a neutralidade da rede. Mais geralmente, achamos que o título do capítulo IV não é claro. Se a nossa recomendação sobre a ARTIGO 19 for seguida, nós respeitavelmente sugerimos que o Capítulo IV seja renomeado "Acesso universal à Internet e cultura digital".

Além disso, chamamos a atenção para a Declaração Conjunta de 2011 sobre a Liberdade de Expressão e a Internet, na qual os quatro relatores especiais sobre a liberdade de expressão delineou os tipos de medidas necessárias para dar substância ao direito de acesso à Internet. Em particular, eles recomendaram:

- e. Os Estados estão sob uma obrigação positiva de facilitar o acesso universal à Internet. No mínimo, os Estados devem:
 - i. Implantar mecanismos de regulação - que podem incluir regimes de preços, requisitos do serviço universal e contratos de licenciamento - que promovam um maior acesso à Internet, inclusive para os pobres e moradores em zonas rurais mais longínquas.
 - ii. Prestar apoio direto para facilitar o acesso, inclusive estabelecendo centros de TIC baseados na comunidade e outros pontos de acesso público.
 - iii. Promover a conscientização adequada de como usar a Internet e os benefícios que ela pode trazer, especialmente entre os pobres, crianças e idosos e populações rurais isoladas.
 - iv. Pôr em prática medidas especiais para garantir o acesso equitativo à Internet para deficientes e pessoas desfavorecidas.
- f. Para implantar o acima citado, os Estados devem adotar planos detalhados de ação plurianuais para ampliar o acesso à Internet que incluam objetivos claros e específicos, bem como padrões de transparência, de informação pública e sistemas de monitoramento.

Neste sentido, notamos que a ARTIGO 22 do Marco Civil pode ser melhorado prevendo medidas mais detalhadas, como os regimes de preços ou subsídios estatais para o desenvolvimento da infraestrutura necessária em áreas rurais. Reconhecemos, no entanto, que isso possa ser abordado em uma legislação específica, lidando com o setor das telecomunicações ou das TIC.

Recomendação:

- O Capítulo IV deve ser renomeado, por exemplo, "Acesso universal à Internet e cultura digital",
- As medidas previstas no capítulo IV poderiam ser mais específicas e incluir, por exemplo, regimes de preços e os requisitos do serviço universal.