

DESAFIOS DA REGULAÇÃO DO CIBERESPAÇO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

CHALLENGES IN THE REGULATION OF CYBERSPACE AND THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF PERSONALITY

Zulmar Fachin¹

RESUMO

Trata-se de uma reflexão sobre a regulação das relações interpessoais no ciberespaço. Tem por objetivo analisar as teorias desenvolvidas sobre as formas de regulação, tendo em vista a proteção dos direitos da personalidade. Partindo da Declaração de Independência do Ciberespaço (1996), o texto analisa as teorias elaboradas para disciplinar a regulação do ciberespaço e, em seguida, as modalidades de regulação propostas por Lawrence Lessig. Trata-se de tema ainda não normatizado de modo satisfatório, justificando-se a pesquisa pela necessidade de se construir um regime jurídico que contemple aspectos específicos do ciberespaço. Adota o método hipotético-dedutivo, utilizando livros e artigos científicos produzidos no Brasil e nos Estados Unidos da América. Embora reconheça os significativos avanços ocorridos neste campo, a pesquisa indica a necessidade de aprofundamento no estudo dos critérios de regulação das relações interpessoais no ciberespaço.

PALAVRAS-CHAVE: ciberespaço; direitos da personalidade; regulação.

ABSTRACT

This paper discusses the concern about the regulation of interpersonal relationships in cyberspace. It aims to analyze the theories developed about the forms of regulation, based on the protection of the laws of personality. Starting from the Declaration of Independence of Cyberspace (1996), the research analyses the theories created to organize the regulation of cyberspace, and after that, the modalities of regulation proposed by Lawrence Lessig. The theme discussed is not still standardized in a satisfactory way yet. Because of that, the research is justified in the need to create a juridic system that considers specific aspects of cyberspace. In this research, it was adopted the hypothetical-deductive method from the usage of books and scientific articles written in Brazil and the United States of America. Although it is recognized the significance in the progress which occurred in this field, the research indicates the necessity in broadening the study of the criteria of regulation from interpersonal relationships in cyberspace.

KEYWORDS: cyberspace; rights os personality; regulation.

1 INTRODUÇÃO

A regulação do ciberespaço tem exigido dedicação constante dos estudiosos de diversas áreas do conhecimento. Pode-se afirmar que o ciberespaço é um tema marcado pela transdisciplinaridade, na medida em que exige a convergência de saberes oriundos de

¹ Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciência Política (UEL). Bacharel em Direito (UEM). Licenciado em Letras (Unicesumar). Professor na UEL e no Programa de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica na Universidade Cesumar - Unicesumar. Coordenador do Mestrado Profissional em "Direito, Sociedade e Tecnologias" da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Presidente do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI. ORCID - 0000.0001.5514.5547. E-mail: zulmarfachin@uol.com.br.

diversos campos do conhecimento, tais como o Direito, a Arquitetura, a Ciência da Informação e a Engenharia.

O tema delimita-se nas dimensões temporal e espacial. Analisa as propostas de regulação do ciberespaço desde o seu surgimento até o momento presente. A delimitação do espaço físico desta regulação oferece grandes dificuldades, não sendo possível situá-la em uma dimensão específica, visto que o tema é essencialmente transnacional. Desse modo, o estudo busca compreender as possibilidades de regulação, sem que esteja restrito ao direito positivo de um Estado específico, o que seria tolher a amplitude do tema.

O problema da pesquisa está assim formulado: quais normas devem regular os conflitos intersubjetivos no ciberespaço: normas jurídicas, sociais, econômicas ou da arquitetura?

O estudo busca responder à pergunta formulada no problema da pesquisa. Hipotetiza-se a utilização tanto de normas sociais e econômicas, quanto de normas jurídicas e da arquitetura.

Adotou-se a metodologia de natureza exploratória, com a utilização de textos doutrinários e normativos publicados no Brasil e no exterior.

O objetivo geral da pesquisa consiste em analisar os aspectos jurídicos das relações intersubjetivas no espaço virtual, tomando como ponto de partida Declaração de Independência do Ciberespaço (1996), passando pela reflexão crítica da doutrina da regulação e culminando com a explanação das formas de regulação do ciberespaço, especialmente com base nas lições de Lawrence Lessig.

Já o objetivo específico consiste em identificar quais são as normas capazes de regerar as relações intersubjetivas no ciberespaço. Em outras palavras, busca entender se as normas jurídicas são suficientes para regular o ciberespaço ou se, além delas, são necessárias normas sociais, do mercado e da arquitetura.

O tema estudado reveste-se de enorme importância para este início de século, justificando-se a produção de um artigo científico. Embora tenha começado a existir há diversas décadas, o ciberespaço ainda não tem uma regulação clara em âmbito internacional e no direito de cada Estado, embora estes, em alguns casos, tenham evoluído bastante no seu processo de normatização para a resolução dos conflitos intersubjetivos no espaço virtual.

A pesquisa concluiu a impossibilidade de autorregulação e a existência de um direito específico para o ciberespaço, mas apontou para a necessidade de se conjugarem diversos critérios: convergência de normas sociais, jurídicas, econômicas e de arquitetura.

O trabalho está subdividido em três partes. Na primeira, analisa a Declaração de Independência do Ciberespaço, publicada em 1996, e a ausência de proteção de no espaço virtual, especialmente os direitos da personalidade. Na segunda, revisita a doutrina que ofereceu algum contributo para a regulação das relações intersubjetivas no ciberespaço. Na terceira, analisa as modalidades de regulação do ciberespaço, a partir das lições de Lawrence Lessig.

Cumprе esclarecer que a doutrina utiliza os vocábulos internet e ciberespaço, os quais, com frequência, são empregados como sinônimos. No âmbito desse estudo, optou-se pelo vocábulo ciberespaço, mantendo, todavia, o uso de internet quando forem feitas citações diretas ou paráfrases.

2 DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DO CIBERESPAÇO: MAU COMEÇO PARA UM SISTEMA DE REGULAÇÃO

Ciber pode ser compreendido como o diminutivo de cibernético, ciência dedicada à tecnologia avançada. Em sua decorrência, falar-se, por exemplo, em ciberespaço, cibereconomia, cibersegurança, ciberdemocracia, cibermoda, ciberdireito, cibercrime e cibercultura. A palavra ciberespaço foi criada em 1984, por William Gibson, escritor norte americano, nascido na Carolina do Sul (GIBSON, 1984). Ciberespaço é a dimensão virtual na qual as comunicações realizam-se por meio de redes de computadores. Embora virtual e real estejam cada vez mais próximos – sendo, às vezes, inseparáveis –, o espaço virtual enseja o trânsito de comunicações humanas sem a presença física da pessoa humana.

O ciberespaço não é um fenômeno da natureza. Trata-se de um espaço construído pela inteligência humana. Uma das mais extraordinárias invenções do engenho humano, lapidado ao longo de décadas, o ciberespaço é, normalmente, interpretado como uma dimensão intelectual voltada para o futuro. Compreendido como um “espaço de comunicação aberta pela interligação mundial dos computadores e das memórias informáticas” (LÉVY, p. 95), o ciberespaço não pode ser um espaço absolutamente livre, em

que normas jurídicas ou não jurídicas sejam afastadas pelos seus habitantes. Contudo, nem sempre se pensou assim.

O nascimento do espaço virtual suscitou, naturalmente, iniciativas para regulamentá-lo. As dificuldades, desde o início, foram significativas. A *Declaration of the Independence of Cyberspace* foi uma manifestação expressa de rejeição de qualquer tipo de regulamentação, que não fosse construída soberanamente pelos participantes do ciberespaço.

A Declaração de Independência do Ciberespaço, publicada por John Perry Barlow, em 8 de fevereiro de 1996, em Davos, na Suíça, é um documento jurídico marcado pelo radicalismo. O documento procura estabelecer limites claros entre o virtual e o real, com o propósito de tornar estes espaços incomunicáveis entre si. Para esta construção, afirma estar retomando os ideários de Thomas Jefferson, Georg Washington, John Stuart Mill, James Madison, Alexis de Tocquenville e Brandeis (refere-se, certamente, a Louis Brandeis que, em parceria com Samuel Warren, escreveu o texto clássico *The Right to Privacy* e que, mais tarde, veio a ser juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América).

A Declaração opõe-se a qualquer comunicação com o mundo real e repudiou o “autoritarismo” e a “tirania” dos “covardes”, em uma referência de caráter universal, mas especificamente dirigido aos países que menciona: Alemanha, China, Estados Unidos, França, Itália, Rússia e Singapura. Esses países, segundo o documento, tentam repelir a liberdade “erguendo postos policiais nas fronteiras do Ciberespaço” (BARLOW, 1996, s.p.)

A Declaração principia advertindo aos governos do mundo industrial – “cansados gigantes de carne e aço” – que o ciberespaço é a nova casa da Mente e não deve ser molestada. Em uma manifestação radical e de desprezo em relação ao mundo virtual, afirma: “Em nome do futuro, eu exijo a vocês do passado para nos deixar em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós” e “não tem o direito moral de nos governar” (BARLOW, 1996, s.p.).

Em outra passagem, o documento mostra autossuficiência do ciberespaço, que não precisa aceitar um governo do mundo industrial. “Onde existirem verdadeiros conflitos, onde existirem verdadeiros erros, nós iremos identificá-los e resolvê-los da nossa própria maneira”, visto que a “maneira de governar se estabelecerá segundo as condições do nosso mundo, não do de vocês. Nosso mundo é diferente” (BARLOW, 1996, s.p.).

Ao comentar o documento, Lawrence Lessig (2009, p. 33-34) constata que “O ciberespaço seria uma sociedade plenamente diferente e sua definição e direção seriam

construídas de baixo para cima. Dita sociedade se dotaria a si mesma de ordem, seria uma entidade limpa de governos e livre de intromissões políticas”.

A Declaração põe em causa o dilema exclusão/inclusão que ainda atormenta as sociedades do início do século XXI. Discursando pelo que se poderia falar em inclusão digital, subtraem-se da incidência de Estados nacionais e, portanto, do Direito. Em sua autoconfiança, o texto assevera que “Nós estamos criando um mundo no qual todos podem entrar, sem privilégios ou preconceitos de raça, poder econômico, força militar ou local de nascimento” (BARLOW, 1996, s.p.). Neste desiderato, afirma que, no mundo que está sendo criado, “qualquer pessoa, em qualquer lugar, pode expressar as suas crenças, não importando o quão individuais elas sejam, sem medo de ser coagida ao silêncio ou conformismo”. Contudo, não articula nenhuma palavra sobre a necessidade de as pessoas, as empresas e os governos terem que desembolsar dinheiro para que possam ter acesso aos serviços oferecidos pelo ciberespaço, o que significa excluir as pessoas que não dispõem de recursos para pagar por esses serviços. A política anunciada pela Declaração é, evidentemente, geradora de exclusão social.

O documento rejeita firmemente a submissão à soberania dos Estados nacionais. Dirigindo-se aos governos do mundo industrial, afirma enfaticamente: “Vocês não possuem autoridade soberana no lugar em que nos reunimos” (BARLOW, 1996, s.p.). Como se sabe, para estabelecer suas leis, o detentor da soberania não cede a ninguém o seu poder de auto-organização. E, quanto a isto, o documento anuncia: “Nós estamos formando o nosso próprio Contrato Social”, o qual, obviamente, não contaria com a imposição de normas jurídicas do mundo real, nem dos Estados nacionais, nem dos organismos internacionais. O que o documento propõe, em verdade é afastar a soberania estatal para reivindicar uma “soberania” do ciberespaço.

O documento idealizou um mundo imaginário, reivindicando, aos “habitantes” do ciberespaço, a prerrogativa de não se submeter às consequências da coerção física, visto que o mundo que propõe construir deverá ser diferente: “Nós acreditamos que a partir da ética, dos interesses iluminados e do bem comum, nosso governo surgirá”. Pode-se, então, afirmar que o século XX não terminou antes que se tentasse constituir uma sociedade e um governo melhores do que foram teorizados por Platão (*A República*), Thomas Morus (*Utopia*) e Tommaso Campanella (*Cidade do Sol*).

Referindo-se aos governos do mundo industrial e deixando claro que está em formação um outro mundo, a declaração conclui com um desafio: “Criaremos uma Civilização da Mente no Ciberespaço. Que ela seja mais humana e justa que o mundo que os seus governos fizeram antes”. Pode-se facilmente extrair do seu conteúdo que a Declaração aposta na construção de um mundo que não aceita a soberania, não reconhece autoridade em nenhum governo e nega a submissão ao Direito.

Vale ressaltar que não é simples a tarefa de regular as relações intersubjetivas no ciberespaço. As informações, nesse campo, perfazem caminhos específicos, dificultando a aplicação de normas jurídicas. Nessa perspectiva, tem-se reconhecido que “Uma informação ou um conteúdo, mesmo com significância muito pequena, se espalha rapidamente na internet como uma epidemia ou pandemia. Nenhuma outra mídia é capaz desse contágio viral. A mídia escrita é lenta demais para isso” (HAN, 2020, p. 99).

Com o fluir dos tempos, no entanto, o virtual e o real foram ficando cada vez mais interligados, sendo impossível separá-los. Desse modo, tornou-se cada vez mais intensa a necessidade de disciplinar as relações interpessoais no ciberespaço. Habitado por humanos, esse espaço suscitou, em relação à preservação de direitos, problemas antes inimaginados, mas também problemas comuns às relações interpessoais do mundo real.

A Internet é um espaço de comunicação propriamente surreal, do qual 'nada é excluído', nem o bem, nem o mal, nem suas múltiplas definições, nem a discussão que tende a repará-los sem jamais conseguir. A Internet encarna a presença da humanidade a ela própria, já que todas as culturas, todas as disciplinas, todas as paixões aí se entrelaçam. Já que tudo é possível, ela manifesta a conexão do homem com a sua própria essência, que é a aspiração à liberdade (LÉVY, 2020, p. 13).

O ideário da declaração, embora tenha feito muitos adeptos, não prosperou. Pode-se afirmar que, apesar de ela ter sido um mau começo, o tempo se encarregou de permitir novos entendimentos sobre o tema, ensejando o surgimento de teorias mais adequadas aos interesses dos participantes da rede. A tentativa de um sistema de autorregulação – diga-se, puro – não podia prosperar. Em outras palavras, um projeto assim tinha que estar fadado ao insucesso. Alguns obstáculos que inviabilizaram o ideário de Declaração foram apontados por Marcel Leonardi:

Os usuários da Rede não constituem um grupo homogêneo com interesses comuns, mas sim indivíduos com crenças e visões de mundo próprias, tão diversos quanto o pensamento humano, sendo impossível obter algum tipo de

consenso, ainda que precário, sobre qualquer assunto [...] o sistema de autorregulação pelos próprios participantes funciona muito bem em fóruns e listas de discussão para um tópico ou interesse específico, que contam com um número limitado de usuários e moderadores para fazer cumprir as regras estabelecidas [...] Ao longo do tempo, com a utilização cada vez maior da Rede para práticas ilícitas, desapareceram a ideia e o próprio desejo de que a Internet ficasse alheia aos mecanismos tradicionais de regulação (LEONARDI, 2019, p. 27-28).

Nota-se da análise criteriosa desse documento a inexistência de qualquer referência a um conjunto de direitos muito caros para as sociedades contemporâneas, como os direitos da personalidade.

Embora faça menção à liberdade, à propriedade e à autodeterminação, o documento expressa aversão aos direitos da personalidade, tais como a vida, a privacidade, a intimidade e a honra, vocábulos que sequer são mencionados. O máximo que se pode identificar é que sua preocupação está restrita exclusivamente aos participantes do ciberespaço.

Desse modo, se prevalecesse o ideário da declaração, ter-se-ia a desproteção dos direitos da personalidade, os quais ocupam posição de destaque nas sociedades contemporâneas, sendo objeto de intensas preocupações dos estudiosos e dos profissionais do Direito. O desafio da regulação do ciberespaço ensejou, ao longo do tempo, grandes debates na busca de um modelo adequado.

3 A DOCTRINA DA REGULAÇÃO DO CIBERESPAÇO

A revisão bibliográfica indica que diversas teorias foram desenvolvidas com a finalidade de regular as relações interpessoais no ciberespaço. Nessa trajetória evolutiva, constata-se a existência de quatro etapas: a) autorregulação; b) criação do direito do ciberespaço; c) aplicação da analogia; d) abordagem mista (LEONARDI, 2019, p. 23-39)

Por meio da autorregulação, os próprios participantes do ciberespaço aprovariam regras e princípios e criariam instituições capazes de resolver os conflitos intersubjetivos entre os participantes da comunidade virtual. A inspiração para essa doutrina foi a *Declaration of the Independence of Cyberspace*, analisada no item anterior.

Os defensores desta tese argumentavam que o ciberespaço não poderia ser confundido com o mundo real e que os Estados nacionais não deveriam ter a pretensão de levar ao novo espaço os mesmos modelos normativos que eles usavam. Embora tenha tido

relativa aceitação no início, a tese foi sendo gradativamente abandonada, de modo que, hoje, nenhum argumento sério pode ser articulado em sua defesa.

Em um segundo momento, defendeu-se que os conflitos intersubjetivos do mundo virtual seriam resolvidos com a aplicação do chamado “direito do ciberespaço”, o qual estaria desvinculado do Direito dos Estados nacionais. Não se aplicariam as normas jurídicas produzidas pelos Estados nacionais, em razão dos obstáculos impostos pelos limites territoriais, nem mesmo as aprovadas em documentos tradicionais pelos organismos internacionais. Ao contrário, o direito seria o resultado de uma atuação específica sobre temas próprios do ciberespaço, cuja regulação deveria ser feita pelos organismos internacionais já existentes.

Vale observar que o espaço virtual não decorre da natureza, mas é resultado da elocubração da inteligência humana. Assim, as normas jurídicas a serem aplicadas para solução dos conflitos interpessoais seriam produzidas organicamente, sem a necessidade da manifestação da vontade soberana de qualquer Estado nacional.

Essa teoria, portanto, afirmava que a regulação decorrente da soberania estatal tradicional, baseada na noção de fronteiras físicas, não poderia funcionar de modo efetivo no ‘ciberespaço’: a ‘natureza’ descentralizada e incorpórea desse ‘lugar’, bem como suas características técnicas, impediria qualquer forma de controle concentrado por um governo territorial (LEONARDI, 2019, p. 29).

No direito do ciberespaço, as normas jurídicas adotadas para regular os conflitos interpessoais seriam produzidas pela convergência de vontades dos Estados nacionais. Nessa perspectiva, haveria uma instância internacional, com a participação dos Estados nacionais, para aprovar declarações, tratados, pactos e convenções em termos idênticos ao que já é tradicional no âmbito desses organismos internacionais, como são os casos da ONU e da OEA. Esse modo de regulação evitaria alguns problemas, tais como o conflito de lei no espaço e, ao mesmo tempo, não haveria regiões do mundo sem regulação dos conflitos. Contudo, para que um modelo assim funcionasse efetivamente, seria necessário criar instituições com jurisdição universal.

O direito do ciberespaço seria um produzido exclusivamente para reger as relações do mundo virtual, desvinculado do direito do mundo real. Seria um direito elaborada pelas instâncias competentes dos organismos internacionais, como a ONU e a OEA, que aprovariam documentos específicos sobre os temas do espaço virtual.

Vale ressaltar que as teorias da autorregulação e da criação do direito do ciberespaço apresentam distinções e semelhanças entre si. A distinção está em que, na autorregulação, as normas seriam produzidas pelos participantes do espaço, sem qualquer interferência do “mundo exterior”, ao passo que, no direito do ciberespaço, ocorreria a adoção de normas jurídicas elaborados no mundo físico, não pelos Estados nacionais, por organismos internacionais. Como semelhança, ambas as teorias repeliam a incidência da soberania do Estado nação, visto que “o elemento comum das duas correntes anteriormente analisadas era a descrença na possibilidade de o sistema tradicional de governo, limitado pela jurisdição territorial, conseguir regulamentar a Internet” (LEONARDI, 2019, p. 31).

Tem sido sustentado o uso da analogia e dos institutos jurídicos tradicionais para solucionar os conflitos interpessoais do ciberespaço. Vale ressaltar que a analogia tem sido bastante estudada na tradição jurídica. Ela tem servido para solucionar questões importantes em diversas áreas do Direito, preenchendo lacunas eventualmente existentes, embora se reconheça que, nos tempos atuais, ela tem sido menos utilizada do que foi no passado.

Na lição de Norberto Bobbio,

Entende-se por ‘analogia’ o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado *semelhante*” [...]. Para que se possa tirar a conclusão, quer dizer, para fazer a atribuição das mesmas consequências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante, é preciso que entre os dois casos exista não uma semelhança qualquer, mas uma *semelhança relevante*, é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras consequências (BOBBIO, 1997, p. 151-153).

Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho apontam a existência de dois tipos de analogia: a de lei e a de direito. A analogia de lei (*analogia legis*) ocorre quando existe na lei uma norma que se aplica a um caso por ela não contemplado, mas que diz respeito à mesma matéria. Já a analogia de direito (*analogia juris*) ocorre, não na hipótese de uma norma ser chamada à aplicação, mas quando há a “necessidade de considerar um complexo de normas jurídica, que, em nexos sistemático, regulam um campo jurídico, para, por analogia de matéria e semelhança de motivos, ser feita aplicação, a outro campo jurídico, dos princípios respectivos”. (ESPÍNOLA; ESPÍNOLA FILHO, 1999, p. 106). No que tange ao ciberespaço, para os que admitiam o uso da analogia, parece ser a segunda hipótese a aplicável, ou seja, a *analogia juris*.

No Direito brasileiro, a analogia, assim como os costumes e os princípios gerais do Direito, está expressamente prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 4º). Vale registrar que já não há mais dúvidas de que esta lei diz respeito a todos os ramos do direito.

Com base na analogia, o participante do ciberespaço poderia lançar mão de normas do sistema jurídico tradicional vigente no Estado nacional, bem como no direito comunitário e no direito internacional, para resolver conflitos intersubjetivos nesse espaço virtual. Assim, em face da ameaça de cerceamento de liberdade de transitar pelo espaço, poder-se-ia lançar mão do habeas corpus; diante de uma violação do direito adquirido, poder-se-ia impetrar mandado de segurança.

Contudo, ainda que essa tese fosse adotada para solucionar conflitos intersubjetivos no ciberespaço, ela encontraria fortes limitações, visto que a analogia não se aplica em alguns campos do Direito e em diversas hipóteses, tais como: em Direito Penal, para tipificar conduta ou estabelecer sanção; em Direito Tributário, para instituir ou majorar tributo; em Direito Administrativo, para impor obrigações ao munícipe; em Direito Financeiro, para abrir créditos suplementares ao gestor público.

Outra forma de regulação do ciberespaço é a abordagem mista ou híbrida. O sistema normativo do ciberespaço deve ser composto da arquitetura de controle e de normas jurídicas produzidas na ordem internacional (geral e regional) e no âmbito dos Estados nacionais.

Tem sido defendida a adoção de regulação híbrida. Para Wolfgang Hoffmann-Riem (2021, p. 142), este tipo ocorre “quando uma regulamentação é socialmente autorreguladora, mas os órgãos governamentais participam do desenvolvimento das regras e/ou na determinação da sua relevância”. Os participantes do ciberespaço produzem regulação jurídica, mas o direito tradicional não é afastado, ao contrário, oferece normas, regras e instituições que atuam para estabelecer um campo de convivência harmônica.

A regulação, pela própria natureza do espaço a ser regulado, assume dimensões transnacionais. O fenômeno da transnacionalização, contudo, não é novo, sendo comum a diversos campos. Há muitas décadas, se vive o tempo das transnacionalizações em relação a diversos campos da vida humana, tais como nos negócios, na política e na cultura.

As interdependências econômicas, culturais e políticas transnacionais no campo dos serviços digitais e modelos de negócio e as oportunidades de aprendizado mútuo significam que os estudos científicos também são frequentemente

caracterizados por temas e questões transnacionais. Isso inclui cada vez mais discussões e análises jurídicas (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 9).

A tese da abordagem mista ou híbrida não afasta o direito e nem a arquitetura. Ao contrário, abrange a ambos.

Vale ressaltar, todavia, que os Estados nacionais têm desenvolvido mecanismos com o objetivo de regular o ciberespaço, especialmente por meio de leis disciplinadoras das condutas dos habitantes desse espaço. Nesse contexto, tem havido também a atuação de agentes estatais sobre a conduta dos usuários.

O que se percebe atualmente é uma forte tendência dos Estados em buscar uma intervenção e até mesmo uma apropriação sobre o que circula nas redes virtuais, o que altera uma tendência inicial de incentivo à autorregulação do meio online. Há ainda questões econômicas que permeiam alguns debates, sobretudo os que envolvem o comércio eletrônico e a ideia de neutralidade da rede (DENICOLI, 2014, p. 10).

Se, por um lado, os Estados não podem permanecer inertes em relação aos conflitos intersubjetivos do ciberespaço, é preciso, por outro, advertir que a atuação deles não pode efetivar apenas as normas que o direito estabelece, mas considerar também outros aspectos importantes que atuam na regulação desse espaço virtual.

4 MODALIDADES DE REGULAÇÃO: UMA ANÁLISE NA PERSPECTIVA DE LAWRENCE LESSIG

Não é demais realçar a complexidade do desafio de regular as relações intersubjetivas do ciberespaço. A imposição de normas legisladas por parte dos Estados nacionais não tem se mostrado a melhor forma de regulação. Há outras espécies de normas que precisam ser adotadas, sem que isso signifique desmerecer o direito.

Nessa perspectiva, Lawrence Lessig propôs um modelo de regulação das relações do ciberespaço, baseado em quatro tipos de normas: a) direito; b) normas sociais; c) mercado; d) arquitetura. Pode-se falar, então, em regulação direta, consubstanciada no direito, e regulação indireta, abrangendo as normas sociais, o mercado e a arquitetura.

O direito, instrumento de controle social, garante a convivência social. Atribuindo direitos subjetivos e impondo deveres jurídicos, ele atua diretamente sobre a conduta das pessoas. Desse modo, ele normatiza as relações sociais e harmonizam os interesses em conflito.

O direito é um dos fenômenos mais notáveis da vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nome de ideais, por que em nome de ideais conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade (FERRAZ JR, 2019, p. 1).

O direito trabalha com a sanção. A violação da norma jurídica enseja a aplicação de uma sanção jurídica, a qual pode ter natureza administrativa, civil e penal. Uma das formas de compreender o direito, para Norberto Bobbio, é fazê-lo por meio da sanção organizada, o que “significa procurar o caráter distintivo do Direito não em um elemento da norma, mas em um complexo orgânico de normas” (BOBBIO, 1997, p. 27). Desse modo, o autor assemelha o Direito ao ordenamento jurídico.

Em razão da especificidade do ciberespaço (normas da arquitetura), o direito, ao regular, não deve se valer de *hard law*, regras fechadas (tudo-ou-nada), mas de *soft law*, normas gerais, de cláusulas abertas, indeterminadas ou gerais.

A lei é a principal, mas não a única, forma de manifestação do Direito. Em sentido geral, pode-se afirmar que a lei indica condutas e estabelece sanções, por exemplo, a Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012, que dispôs sobre a tipificação dos delitos informáticos, alterou o Código Penal, estabelecendo que invadir dispositivo de informática, nas condições ali descritas, enseja a aplicação de sanção penal (detenção, de três meses a um ano) e multa (art. 153-A)

As normas sociais são observadas pelas pessoas sem que haja necessidade de estarem juridicamente formalizadas. São normas informais que condicionam a atuação das pessoas e, ao mesmo tempo, proíbem comportamentos não aprovados pelos membros do grupo social.

Exemplos de regras estabelecidas para um comportamento autônomo socialmente responsável são as regras informais de boas maneiras. Estas incluem a netiqueta, que nos primórdios da Internet era o conjunto de regras de conduta para o uso da Internet. Para apoiar a eficácia dessa forma de autorregulação social, foram utilizadas estratégias *naming and shaming*, ou seja, o coletivo, embora em grande parte apenas informalmente coordenado, proibindo comportamentos não aprovados pela comunidade (HOFFMANN-RIEM, 2021, 141).

Netiqueta é uma gíria que resultou da fusão de *net*, que significa rede, e *etiqueta*, que traduz a ideia de um conjunto de normas de conduta de natureza social. Assim, a netiqueta pode ser compreendida como um conjunto de normas informais de comportamento, consistindo em um tipo de linguagem recomendada para ser usada nos contatos mantidos

pela *internet*. Essas normas podem ser violadas, mediante comportamentos inadequados, tais como o envio maciço de mensagens para e-mail, sem autorização do titular desta conta; o envio de mensagem pela internet grafando as palavras em caixa alta e/ou em negrito; o uso frequente de ponto de exclamação; e o repasse de mensagens inadequadas ou contendo versão falsa (*fake news*).

Cumpra registrar que a não observância de uma norma de tratamento social pode gerar uma sanção, porém, diferente daquela estabelecida pelo direito. A sanção social tem um caráter difuso, visto que a pessoa apenas deixa de ser bem quista no grupo ao qual pertence.

O mercado, embora seja influenciado por comportamentos sociais e regulado pelo direito, tem suas próprias normas, as quais se apresentam aptas a impor restrições a pessoas. O principal mecanismo por meio do qual o mercado limita as pessoas é a fixação de preços. Por exemplo, o acesso livre ou mediante pagamento a um serviço ou conteúdo pode ser determinante para que a pessoa se submeta ou não a determinada regulação.

A partir da constatação de que o próprio mercado impõe restrições às condutas das pessoas, Lawrence Lessig observa que as transações comerciais têm que existir dentro de um determinado arcabouço normativo. As restrições do mercado existem em razão de um conjunto de normas jurídicas que definem os bens que podem ser objeto da mercancia, embora, ao contrário do que ocorre com a lei cuja sanção é posterior, as restrições do mercado ocorrem de modo distinto, visto que incidem ao mesmo tempo, ou seja, são concomitantes (LESSIG, 2009, p. 531).

O mercado, como limitador de condutas humanas, não atua isoladamente. Por estar inserido em um contexto (local, regional, nacional ou global), ele tem seu desenvolvimento condicionado por normas sociais (ainda que de natureza econômica) e por um sistema jurídico que o organiza. Neste sentido, a Constituição brasileira de 1988 tem diversos capítulos disciplinando matérias econômicas, compondo um vasto título denominado “Da Ordem Econômica e Financeira” (Título VII). Paralelamente, o direito infraconstitucional tem verdadeira teia normativa a regular as matérias econômicas, disciplinado a circulação de bens, produtos e serviços.

Juliano Madalena observa que essa rede, nos dias atuais, é desenvolvida por interesses marcadamente comerciais. Neste sentido, o espaço virtual contemporâneo já se transformou em um grande locus de circulação de capital, visto que o mercado eletrônico cresce

desenfreadamente e vai transformando o modo pelo qual se realiza o consumimos, gerando o que se pode chamar de nova economia. Desenvolve-se, então, uma era econômica que cria entusiasmos e suscita euforia social, acarretando, nas pessoas, angústia sobre o desconhecido ou em face do que é tecnicamente complexo (MADALENA, 2020, p. 181).

A arquitetura é uma modalidade de regulação. Ao contrário do direito (lei), normas sociais e mercado, ela é autoexecutável,

A arquitetura é uma modalidade de regulação, na medida em que as características de determinadas coisas restringem comportamentos, ou forcem determinadas condutas. Ao contrário das outras modalidades, porém, a regulação por meio da arquitetura é autoexecutável: não depende de ações organizadas nem da cooperação de alguém, tampouco de um aparato estatal, social ou de mercado para ser compreendida, e não permite ao indivíduo ignorá-la e sofrer as consequências posteriormente (LEONARDI, 2019, p. 50).

Lawrence Lessig atribuiu significativa importância à regulação feita por meio da arquitetura, com o desenvolvimento do código do ciberespaço. Para ele, este código é diferente, visto que é constituído pelo software e pelo hardware, e é isto que faz do ciberespaço o que ele é. O código é uma parte da regulação do ciberespaço. Não é um dado, mas um construído. Não decorre da natureza, mas é resultado da criação humana, que poderá dispô-lo de variadas formas. O código impõe limitações, as quais podem ser de baixa densidade ou transportar maior grau de imposições. Em outras palavras, ele pode proteger valores fundamentais para a convivência humana, mas também pode sacrificar tais valores. Cabe eleger qual disposição será adotada, justamente porque o código é resultado de uma construção. Todavia, a regulação não deve ser uma disjuntiva: ou de baixo para cima ou de cima para baixo. A regulação deve oferecer um certo grau de proteção (LESSIG, 2009, p. 37-38). Todavia, essa regulação não prescinde da lei e menos ainda a substitui.

A arquitetura tem o poder de regular comportamentos humanos. Neste sentido, podem ser mencionadas diversas imposições na vida cotidiana que são impostas por ela, tais como a fila para ter acesso a um serviço bancário; a delimitação de um espaço específico para receber vacina; a construção de um clichê (bilheteria) para adquirir bilhete de ingresso a um show artístico; a instalação de airbag em automóvel para proteção contra acidentes de trânsito; a garantia de acessibilidade para que as pessoas com deficiência possam ter acesso à escola ou à universidade; a disposição do estacionamento em shopping centers; e a delimitação de espaço específico para fumar tabaco. Estes exemplos, comuns da vida

cotidiana, são o resultado de normas impostas pela arquitetura, embora possam estar previstas em lei. Note-se que a regulação pela arquitetura não é flexível, nem democrática, mas uma imposição por parte de quem domina a técnica.

Vale acrescentar que o uso da arquitetura pode ser legal ou ilegal. Na primeira hipótese, tratando-se de uma das quatro modalidades estudadas, ela contribui para a regulação. Na segunda, por consistir em uma violação ao direito, deve ser excluída a possibilidade de utilização.

Lawrence Lessig sustenta a necessidade de que as quatro modalidades de regulação sejam compreendidas em uma perspectiva integradora, de modo que se possa aproveitar cada uma delas para regular o ciberespaço, visto que todas impõem deveres e asseguram direitos. Segundo Lessig (2009), “As normas sociais restringem pela estigmatização que impõe uma comunidade; o mercado, por meio do preço que exige; as arquiteturas, através das limitações físicas que impõem; e a lei, mediante a sanção com o qual ameaça” [...]. O autor conclui afirmando que “as quatro modalidades estão ligadas umas às outras e que, de certa forma, combinam-se para produzir a regulação a qual está submetida, em qualquer área, ao nosso ponto comum” (LESSIG, 2009, p. 207).

Adotando-se os ensinamentos de Lawrence Lessig, é possível afirmar que a utilização das quatro modalidades de regulação oferece um certo grau de proteção jurídica aos direitos da personalidade dos participantes do ciberespaço.

CONCLUSÃO

A pesquisa ensejou algumas conclusões sobre o desafio de regular o ciberespaço, tendo em vista a necessária proteção dos direitos da personalidade.

A Declaração de Independência do Ciberespaço, publicada nos Estados Unidos, em 1984, por William Gibson, foi um veemente manifesto contra qualquer espécie de normatização do ciberespaço que pudesse ser feito por habitantes do mundo real. O objetivo era impedir, de modo absoluto, qualquer tentativa de regulação das relações interpessoais dos participantes do espaço virtual. Caberia, exclusivamente aos habitantes do ciberespaço, a elaboração de um conjunto de normas que regulariam os conflitos intersubjetivos que viessem a ocorrer.

A negativa de regulação dos conflitos intersubjetivos do ciberespaço significava, dentre outros efeitos, a violação de uma pluralidade de direitos da personalidade, embora alguns desses direitos (vida, liberdade, autodeterminação) eram mencionados no documento.

Com o tempo, foram se desenvolvendo diversas correntes doutrinárias, as quais buscavam algum tipo de regulação das relações do ciberespaço. Além da autorregulação (defendida pela declaração de independência cima referida), sustentou-se a criação de um direito específico para o ciberespaço, a aplicação da analogia e, por fim, uma abordagem mista.

A contribuição de Lawrence Lessig foi de extraordinária importância. Para esse autor, são quatro as formas de regulação: o direito, as normas sociais, o mercado e a arquitetura.

O direito, legislado ou não, oferece um conjunto de normas capazes de disciplinar o espaço virtual. Seria inimaginável a existência de regulação de interesses intersubjetivos sem a incidência do arcabouço normativo e institucional criado pelo direito. Seria insistir em retroceder ao estado de natureza.

As normas sociais, cuja observância ocorre sem a necessidade de interferência coercitiva do direito, tem a aptidão suficiente para contribuir com a construção de um espaço de harmonização dos interesses diversos no âmbito do ciberespaço.

O mercado é um espaço privilegiado de convivência de interesse diversos, não raro antagônicos entre si, visto que observa suas próprias normas, estejam ou não formalizadas no ordenamento jurídico do país. O principal instrumento por meio do qual se pode limitar ou condicionar o comportamento das pessoas é o preço.

A arquitetura é uma modalidade de regulação que caracteriza o ciberespaço. Sua principal característica é autoexecutoriedade, visto que não depende das imposições do direito e das normas sociais ou do mercado. Contudo, as normas da arquitetura precisam estar em harmonia com as normas jurídicas, as normas sociais e o mercado, objetivando proteger os direitos da personalidade.

Diante disso, o estudo realizado apresenta resposta ao problema da pesquisa formulado na introdução, concluindo que as relações intersubjetivas no ciberespaço precisam ser reguladas e resolvidas mediante aplicação não apenas de normas jurídicas, mas também de normas sociais, do mercado e da arquitetura.

REFERÊNCIAS

BARLOW, John Perry. **Declaração de Independência do Ciberespaço**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>. Acesso em: 3 maio de 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad.: Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1997.

DENICOLI, Sérgio. **A Regulação da Internet: política da era da comunicação digital**. XXIII Encontro Anual da Compós. Universidade Federal do Pará, 27 30 de maio de 2014. Disponível em: http://compos.org.br/encontro2014/anais/Docs/GT01_COMUNICACAO_E_CIBERCULTURA/denicolicompos_2137.pdf. Acesso em: 09 maio 2021.

ESPÍNOLA, Eduardo. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GIBSON, William. **Neuromance**. Trad.: Fábio Fernandes. São Paulo: Eleph, 2008.

HAN, Byung-Chul. **No enxame: perspectivas do digital**. Trad.: Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2020.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: transformação digital: desafios para o direito**. Trad.: Ítalo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

LEMOS, André. Os sentidos da Tecnologia: cibercultura e ciberdemocracia. In: **O Futuro da Internet: em direção a uma ciberdemocracia**. LEMOS, André. LÉVY, Pierre. São Paulo: Paulus, 2010.

LEMOS, André. LÉVY, Pierre. **O Futuro da Internet: em direção a uma ciberdemocracia**. São Paulo: Paulus, 2010.

LESSING, Lawrence. **The Code version 2.0**. Cambridge, Basic Books, 2006.

LEONARDI, Marcel. **Fundamentos de Direito Digital**. 3. Tiragem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LÉVY, Pierre. **Ciberespaço**. Trad.: José Dias Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

LÉVY, Pierre. Uma Perspectiva Vitalista Sobre a Cibercultura. In: LEMOS, André. **Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. 8. ed. Porto Alegre: Sulina, 2020.

MADALENA, Juliano. Regulação das Fronteiras da Internet: um primeiro passo para uma teoria geral do direito digital. In: **Direito Digital: direito privado e internet**. Guilherme Magalhães Martins e João Victor Rozatti Longhi (Coords.) 3. ed. Indaiatuna, SP: Editora Foco, 2020.

MARTINS, Guilherme Magalhães. LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). **Direito Digital: direito privado e internet**. 3. ed. Indaiatuna, SP: Editora Foco, 2020.

Recebido em: 13/06/2021

Aprovado em: 01/10/2021

Editor:

Dr. Leonardo da Rocha de Souza

Editoras executivas:

Daisy Cristine Neitzke Heuer

Sabrina Lehnen Stoll