

Soberania digital: legitimidade e eficácia da aplicação da lei na internet

Digital sovereignty: legitimacy and effectiveness of law enforcement on the internet

Lucas Borges de Carvalho

Professor substituto da Universidade de Brasília (UnB). Doutor em direito pela mesma universidade. Mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procurador Federal da Advocacia-Geral da União.
E-mail: lucasbcarvalho@gmail.com

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n. 2, p. 213-235, Maio-Agosto, 2018 - ISSN 2238-0604

[Recebido: Outubro 09, 2017; Aceito: Agosto 20, 2018]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i2.2183>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

Como garantir, de forma legítima, o efetivo cumprimento de leis e decisões judiciais no ambiente digital? Partindo dessa questão e da análise de casos recentes na jurisprudência internacional, o artigo apresenta critérios de legitimidade que possam orientar o processo de tomada de decisão e conferir um grau mínimo de previsibilidade e objetividade à atuação reguladora das autoridades estatais no âmbito da internet.

Palavras-chave: Internet. Jurisdição. Soberania. Legitimidade.

Abstract

How to ensure, in a legitimate way, the effectiveness of law and court orders in the digital environment? Based on this question and on the analysis of recent cases in international jurisprudence, the article presents legitimacy standards that may conduct the decision-making process and provide a minimum degree of predictability and objectivity to state authorities' regulatory actions on the internet.

Keywords: Internet. Jurisdiction. Sovereignty. Legitimacy.

1 Introdução

Em junho de 2015, a editora Elsevier ingressou com uma ação na Justiça de Nova York, defendendo a ilegalidade da distribuição não autorizada de artigos científicos pela plataforma *Sci-Hub* e por outras páginas similares. Em outubro do mesmo ano, o tribunal acolheu os argumentos da editora, determinando, entre outras medidas, a proibição de acesso, uso, reprodução e distribuição de qualquer material protegido por direitos autorais detidos pela Elsevier e o cancelamento dos nomes de domínio utilizados pelos réus.¹

Não obstante os termos da decisão, ainda é possível acessar o mesmo conteúdo em endereços registrados em outros países. Por sua vez, embora a responsável pela página, a pesquisadora Alexandra Elbakyan, tenha sido identificada e, inclusive, participado de duas conferências telefônicas e encaminhado uma carta ao juiz, não há sequer informação precisa quanto ao país em que ela reside, razão pela qual, por ora, dificilmente poderá ser atingida por alguma medida restritiva determinada pela Corte de Nova York.

Esse exemplo põe em relevo as dificuldades e os desafios postos ao exercício da jurisdição nacional no âmbito da internet, notadamente em face do conflito que se estabelece entre a natureza transfronteiriça da rede e os limites territoriais que circunscrevem a atuação dos Estados nacionais. Nesse contexto, a pergunta central a ser feita é: como garantir, de forma legítima, o efetivo cumprimento de leis e decisões judiciais no ambiente digital?

Partindo desse problema, o argumento a ser desenvolvido neste trabalho é o de que o exercício da soberania digital, assim entendida a atuação reguladora dos Estados nacionais no ambiente transfronteiriço da internet, não pode se pautar apenas pela busca por atribuir eficácia a uma decisão, sem a observância de procedimentos e das correspondentes justificativas substantivas ou, ainda, de modo a suplantarem ou ignorarem as exigências de legitimidade. É necessário, por isso, harmonizar esses que são os dois pontos centrais de apoio da jurisdição nacional, de modo que o nível de eficácia atribuído a uma lei ou a uma decisão aplicável no âmbito da internet seja sempre compatível com o seu grau de legitimidade.

A realidade, no entanto, está muito longe desse ideal, pois tanto as discussões teóricas quanto a atuação dos Estados nacionais têm se concentrado no pilar da eficácia, não conferindo a devida importância ao segundo aspecto. O resultado disso é, por um lado, o reduzido acúmulo doutrinário em torno da definição de critérios de legitimidade e, por outro, o recurso a medidas heterodoxas para conferir efetividade

1 Além do *Sci-Hub*, a ação questiona a legalidade das seguintes páginas: o *Library Genesis Project*, *Bookfi.org*, *Elibgen.org*, *Ereistroresollege.org* e *Libgen.info*. Sobre o caso, ver MURPHY (2016) e BOHANNON (2016).

às decisões estatais, como nos casos, cada vez mais comuns, de atribuição de efeitos extraterritoriais a decisões locais.

O artigo se inicia com uma análise de duas concepções opostas em torno do tema. Enquanto autores liberais defendem a criação de mecanismos de autorregulação da rede, baseados em uma lei própria do ciberespaço; autores realistas seguem pelo caminho inverso, sustentando que os mecanismos tradicionais, baseados na soberania estatal e no território, continuam sendo legítimos e eficazes para a regulação da internet. Conforme será demonstrado, ambas as concepções se equivocam ao minimizar, cada uma a seu modo, os impactos e as dificuldades geradas pelo exercício da soberania digital ou, ainda, pelo confronto entre internet e jurisdição nacional. Esse ponto ficará claro na seção seguinte, na qual serão discutidos os desafios postos por casos recentes decididos por tribunais e autoridades administrativas na França e no Canadá. Embora algumas dessas decisões constituam precedentes que ameaçam ampliar o conflito entre Estados e a fragmentação da internet, é possível extrair delas critérios relevantes de legitimidade, a serem observados em casos futuros.

2 Internet, soberania e jurisdição: o debate entre liberais e realistas

A regulação do comportamento de usuários no ambiente digital pode ser efetuada de duas formas centrais: (i) com base no uso da tecnologia e conforme parâmetros fixados em normas internas dos provedores de serviço; ou (ii) pela regulação estatal. De forma geral, o debate sobre a regulação da internet está dividido entre defensores desses dois modelos, que podemos denominar, respectivamente, de liberais e realistas.²

Os primeiros sustentam que mecanismos de autorregulação da rede são mais legítimos, uma vez que fundados no expresso consentimento dos usuários – exigido para ingressar em qualquer comunidade virtual – além do fato de as “autoridades” serem sensíveis à opinião da “comunidade”.³ Ademais, as medidas restritivas e

2 Opta-se aqui pela terminologia utilizada por Saskia Sassen, que nomeia as duas principais concepções sobre a regulação da internet, respectivamente, de “liberal” e “realista”, tomando por base as distintas leituras que expressam da soberania e do exercício do poder do Estado no ambiente digital. Em suas palavras: “Liberais tendem a vê-las [as tecnologias da comunicação] como uma revolução com enorme potencial, enquanto os realistas [...] argumentam que o Estado encontrará formas de regular a rede, como, de fato, já é capaz de fazê-lo” (SASSEN, 2000, p. 196).

3 A título de exemplo, em 2016, o escritor norueguês Tom Egeland teve sua conta suspensa no Facebook após postar a foto “Terror da Guerra”, de 1972, que mostra uma menina correndo de ataques efetuados com *napalm* durante a Guerra do Vietnã. De início, a rede social defendeu a decisão, alegando que os termos de uso do serviço não permitiriam a publicação de fotos de crianças nuas. No entanto, após críticas proferidas por organizações e usuários de todo o mundo, o Facebook liberou a publicação, alegando que, “após ouvir a nossa comunidade, [...] reconhecemos a história e a importância global dessa imagem” (LEVIN; WONG, 2016).

coercitivas impostas – como suspensão de contas, banimento de usuários e remoção de conteúdo – apresentariam um grau elevado de eficácia, na medida em que compatíveis com as especificidades que cercam o funcionamento da internet, assegurando, desse modo, o respeito a padrões de conduta com celeridade e custos reduzidos.

Essa concepção acerca da legitimidade e da eficácia dos mecanismos de autorregulação da internet foi influente por muitos anos e decisiva para a conformação da rede tal como a conhecemos. Uma das características centrais da internet é, justamente, a sua natureza universal e aberta, que permite, em tese, o livre acesso e a troca de informações entre seus usuários sem a necessidade de intervenção ou de controle por um poder central.

Nesse contexto, a criação de múltiplas comunidades e de outras tantas formas de interação, que existiam apenas no plano virtual, sem qualquer conexão direta com os Estados nacionais ou com a localização física de seus participantes, parecia uma decorrência direta e intransponível da própria arquitetura descentralizada da rede. Acreditava-se que a tecnologia seria suficiente, por si só, para conferir sustentação a um novo e revolucionário ambiente digital – o ciberespaço – onde seria possível gerar riqueza e inovação, bem como proteger a liberdade dos indivíduos, sem as amarras da antiquada e burocrática regulação estatal.

Essa concepção começou a ganhar contornos políticos e jurídicos mais bem delineados em 1996, ano em que foram publicados dois textos seminais defendendo a concepção liberal de autorregulação da rede. O primeiro é a famosa “Declaração de Independência do Ciberespaço”, originalmente um *e-mail* escrito por John Perry Barlow, durante o Fórum Econômico Mundial de Davos, na Suíça. Logo no início, o fundador da *Electronic Frontier Foundation* deixa claro o espírito que rege a Declaração, ao anunciar a imunidade do ciberespaço frente à soberania dos Estados:

Governos do Mundo Industrial, vocês, gigantes enfadonhos de carne e aço, eu venho do Ciberespaço, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, peço a vocês do passado para nos deixar em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm soberania onde nos reunimos. [...]. Declaro que o espaço social global que estamos construindo é naturalmente independente das tiranias que vocês pretendem impor sobre nós. Vocês não têm o direito moral de nos governar nem possuem quaisquer métodos de coação sobre os quais tenhamos real motivo para temer (BARLOW, 1996).

Segundo a retórica de Barlow, a jurisdição dos Estados nacionais seria tanto ilegítima – por representar a tirania do passado, contrária à liberdade individual – quanto ineficaz, posto que os seus métodos de coação seriam imprestáveis no ciberespaço. Este constituiria um espaço distinto, situado além das fronteiras

estatais e submetido a normas e a uma cultura próprias. Eventuais conflitos seriam identificados e resolvidos pelos usuários da rede, com base em mecanismos institucionais previstos em um novo contrato social. “Nosso mundo é diferente”, arremata o autor (BARLOW, 1996).

Concepção similar foi defendida, de forma mais elaborada, por David Johnson e David Post, no artigo *Law and borders – the rise of law in cyberspace*, publicado poucos meses após a Declaração de Independência do Ciberespaço. Os autores também partem do pressuposto de que não seria legítima ou eficaz a regulação da internet pelos Estados nacionais, sugerindo a adoção de regras próprias, a serem definidas pelos próprios usuários do ciberespaço. Em suas palavras,

Esta nova fronteira define um ciberespaço distinto, que pode e precisa estabelecer sua própria lei e instituições jurídicas. Legisladores e autoridades circunscritas por limites territoriais veem este novo ambiente como profundamente ameaçador. Mas essas autoridades ainda podem reconhecer os esforços de autorregulação dos participantes do ciberespaço [...]. Separadas das doutrinas ligadas às jurisdições territoriais, novas regras surgirão para governar uma ampla gama de novos fenômenos que não têm um paralelo claro no mundo não virtual. Estas novas regras irão desempenhar o papel de lei, definindo a personalidade jurídica e a propriedade, resolvendo disputas e cristalizando uma conversa coletiva sobre os valores centrais dos participantes *online* (JOHNSON; POST, 1996, p. 1367).

No que concerne à eficácia das jurisdições nacionais, Johnson e Post argumentam que, até o advento da internet, havia uma correspondência entre as fronteiras geográficas e as “fronteiras jurídicas”, no sentido de que os limites da jurisdição coincidiam com os limites territoriais do Estado. Dessa forma, o exercício da soberania se dava mediante o controle sobre um conjunto de pessoas situado em um espaço físico delimitado, o que era natural em um contexto em que, como regra, as ações humanas não geravam impactos para além do ambiente local ou nacional (JOHNSON; POST, 1996, p. 1368-1370).

Essa arquitetura tradicional da soberania é posta em xeque pela natureza transfronteiriça da internet. As fronteiras se diluem e os limites territoriais não mais coincidem com o âmbito de aplicação da lei. Ou, ainda, não mais se apresentam como um critério funcional para delimitar a extensão das competências jurisdicionais. De outro lado, há uma desconexão entre os efeitos das ações humanas e a localização territorial. Basta pensar que, em princípio, um *blog* ou um simples comentário em uma rede social podem ser vistos por qualquer pessoa conectada à internet,

independentemente de onde esteja situada. Diante de tais transformações, seria infrutífera qualquer tentativa de regular o ciberespaço com base nos preceitos tradicionais da soberania e da jurisdição nacional. Além da diluição das fronteiras, a ineficácia decorreria do expressivo volume das comunicações eletrônicas, das tecnologias que permitem desprezar as ordens estatais e, por fim, do potencial conflito entre as diversas leis e jurisdições nacionais (JOHNSON; POST, 1996, p. 1369-1374).

A solução seria reconhecer o ciberespaço como um local distinto do mundo físico e deste separado por “fronteiras virtuais”, constituídas por telas e senhas. O acesso à internet teria efeitos jurídicos similares ao ato de cruzar a fronteira de um país, marcando o início da vigência da lei do ciberespaço. Nas palavras de Johnson e Post:

Muitos dos dilemas processuais e materiais criados em razão da natureza transfronteiriça das comunicações eletrônicas poderiam ser resolvidos por um simples princípio: conceber o ciberespaço como um ‘lugar’ distinto para fins de análise jurídica, reconhecendo uma fronteira legalmente significativa entre o ciberespaço e o ‘mundo real’ (JOHNSON; POST, 1996, p. 1378).

Essa tese simplificaria a análise das relações jurídicas no ciberespaço, uma vez que, ao invés da aplicação de inúmeras leis nacionais, haveria apenas a lei ou as leis virtuais. Assim, por exemplo, se um país questionasse o uso de uma marca por um sítio estrangeiro ou uma publicação difamatória, ambas em razão de conflitos com uma norma local, o argumento contrário seria o de que a marca não foi utilizada dentro daquele país, mas “apenas na *web*” (JOHNSON; POST, 1996, p. 1380-81).

Além disso, na medida em que se demonstre eficaz e legitimada pelo consenso entre os usuários da rede, a lei do ciberespaço ganharia respeito e deferência das soberanias nacionais. Nesse sentido, a relação entre as normas autogestionadas no ambiente digital e a legislação dos Estados deveria se basear na “doutrina da cortesia” (*doctrine of comity*), uma espécie de “política da boa vizinhança”, segundo a qual um Estado não deve exercer a sua jurisdição sobre uma pessoa ou atividade que tenham conexões com outro Estado – ou, no caso em questão, com as leis e as instituições do ciberespaço – quando o exercício dessa jurisdição não se mostre razoável (JOHNSON; POST, 1996, p. 1392).

Portanto, de acordo com a concepção liberal, a lei do ciberespaço seria mais legítima (visto que fundada no consentimento dos usuários e na liberdade individual) e mais eficaz (já que as suas normas seriam mais apropriadas para a resolução de conflitos virtuais) do que a jurisdição estatal. Por essa razão, os Estados deveriam adotar um princípio de autolimitação em qualquer processo de exercício da soberania ou de aplicação de leis locais no ambiente digital. Ao longo dos anos, no entanto, esse modelo não se concretizou. Hoje, é possível afirmar, seguindo John Palfrey,

que a defesa utópica do ciberespaço “misturava a criatividade do escritor de ficção científica com as aspirações de um teórico democrata sonhando com um novo começo” (PALFREY, 2010, p. 982).

Como apontam os defensores do modelo realista, esse “novo começo” estava assentado em um pressuposto que se revelou equivocado: o *determinismo tecnológico*. Segundo esta concepção, alguns valores políticos estavam inscritos na própria essência da arquitetura técnica da rede. E isso de maneira tão profunda que a tecnologia seria determinante para sustentar um inexorável progresso rumo a um “mundo diferente”. Daí as constantes alusões ao “futuro”, “ao novo contrato social” e às leis e instituições que surgiriam espontaneamente no ciberespaço, “sem qualquer paralelo no mundo não virtual”.

Ocorre, porém, que nada há de natural ou de imutável na arquitetura técnica da rede. Embora o seu protocolo original dificultasse a regulação, diversas alterações posteriores – como o uso de filtros e outras ferramentas de identificação e rastreamento de usuários e conteúdos – viabilizaram a imposição de normas e medidas coercitivas estatais. Com isso, a internet deixou de ser um espaço não regulável, como sonhavam os autores liberais, para se tornar “o espaço mais regulável que os humanos já conheceram” (LESSIG, 2006, p. 32).

Independentemente de qualquer juízo de valor, o fato é que essa transformação – de uma “arquitetura da liberdade” para uma “arquitetura do controle” – demonstra o quão contingentes são a tecnologia e os usos que dela se fazem. Assim, uma dada arquitetura técnica é sempre o produto da construção humana e reflexo de escolhas políticas. Vale dizer:

Escolhas entre valores, escolhas sobre a regulação, sobre o controle, escolhas sobre a definição de espaços de liberdade – tudo isso constitui assunto da política. O código codifica valores e, não obstante, de forma surpreendente, a maior parte das pessoas fala como se o código fosse apenas uma questão de engenharia (LESSIG, 2006, p. 78).

Nesse contexto, na medida em que a tecnologia reflete escolhas políticas, sustentar que a arquitetura técnica da rede deva prevalecer sobre a soberania estatal ou que esta não pode ser exercida em face dos imperativos da tecnologia, significa, na prática, defender uma determinada concepção política em detrimento de outra. O problema é que, ao não se admitir como política, essa concepção se oculta sob o manto da técnica, arvorando para si uma legitimidade inata e superior a qualquer outra leitura concorrente. No caso dos autores liberais, a concepção política apresentada como natural está associada à liberdade individual, à autorregulação social e ao livre fluxo de ideias e informações. Por isso, com base nessa escolha política contingente e particular

– e, não, como uma decorrência natural da arquitetura técnica da rede – identificava-se qualquer medida regulatória estatal sobre a internet como ilegítima, uma decorrência das “tirantias do passado”.

Há aqui tanto um pouco de imperialismo cultural quanto de elitismo político. Imperialismo por que, em última análise, longe de ser universal, a concepção liberal é reflexo de uma visão de mundo particular e localizada. Mais concretamente, de uma interpretação radical da Primeira Emenda à Constituição norte-americana, segundo a qual cabe à própria sociedade civil o papel de regulador do mercado de ideias, conferindo-se, ademais, uma primazia *a priori* aos direitos de expressão em face de outros princípios concorrentes, como a privacidade. Como os diversos países atribuem pesos distintos a esses direitos, impedir o exercício da soberania no ambiente digital significaria estender e impor para todo o globo uma concepção cultural particular – e, certamente, sob a ótica de diversas nações, ilegítima.

Por sua vez, o elitismo político decorreria do fato de que as escolhas políticas fundamentais sobre a arquitetura do ciberespaço seriam delegadas à comunidade técnica. A questão é que, apesar de seu caráter participativo, essa comunidade é, também, em certo sentido, fechada: quanto aos seus valores, sua linguagem e seu próprio *modus operandi*. Por isso, embora deva ser considerada um ator relevante no processo decisório, a comunidade técnica não detém suficiente representatividade democrática para tomar, por si só, decisões políticas fundamentais sobre como deve ser estruturada a internet.

Dessa maneira, assim como a técnica não pode se impor sobre a política, o Estado-nação não pode ser tachado, de maneira simplória, como um “inimigo” a ser combatido. Apesar das inúmeras dificuldades, a soberania nacional e as fronteiras constituem elementos essenciais da organização política nas sociedades contemporâneas, já que asseguram tanto a promoção e a defesa de valores locais quanto a convivência entre culturas diversas. Daí a necessidade de se problematizar a legitimidade da “lei do ciberespaço” – e a correlata ilegitimidade da regulação estatal.

Da mesma forma, não há evidências de que um mundo sem fronteiras e sem as amarras do território e da soberania seja, de fato, um mundo melhor ou com mais direitos e liberdades. Muito pelo contrário, como argumentam Jack Goldsmith e Tim Wu (2006, p. 49-53), o surgimento de fronteiras na internet atende não só aos interesses de governos, mas, principalmente, às expectativas de muitos usuários, que anseiam por experiências e conteúdos adequados à sua língua e cultura. Em sentido similar, Frédéric Martel destaca que a internet está de tal maneira ancorada no território, que suas características são distintas a depender do lugar a partir do qual se dá o acesso. Por isso, não deveríamos mais falar em “Internet”, mas, sim, em “internets”, uma vez que a rede:

[...] se insere num ‘território’ ou numa ‘comunidade’ que é própria a cada um de nós, um universo que podemos até certo ponto modelar, moldar com nossas ‘preferências’ e as identidades plurais que cada um de nós possui ou escolhe valorizar. A internet é geolocalizada. Sob muitos aspectos, ela pode devolver poder aos indivíduos, em vez de privá-los dele; pode permitir-lhes ser mais senhores de sua própria história. Ao se adaptar a suas singularidades e seu território, ela é própria de cada um (MARTEL, 2015, p. 417).

Sob a ótica realista, portanto, a legitimidade da regulação estatal decorreria de sua adequação à cultura, tradição, preferências, língua e outras especificidades de cada país, garantindo o atendimento às preferências individuais e assegurando a realização de escolhas pelos usuários. Dessa forma, “uma internet delimitada por fronteiras é valiosa, precisamente, porque permite que pessoas vinculadas a diferentes sistemas de valores convivam no mesmo planeta” (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 151).

Nessa linha, o ciberespaço não é um novo e distinto lugar, ao menos não no sentido de um espaço desconectado do mundo físico ou dele separado por fronteiras. Primeiro, porque os ambientes digital e físico estão profundamente conectados, de modo que “há uma clara sobreposição entre o que ocorre *online* e *off-line*: a rede aumenta e facilita a vida social no mundo físico, em vez de substituí-lo” (LEONARDI, 2012, p. 91). Ou, ainda, “sob a perspectiva dos usuários da Internet, a atividade *online* é, cada vez mais, parte da vida cotidiana – e não uma esfera distinta para a qual viajam ocasionalmente, quando estão de férias” (PALFREY, 2010, p. 991). Ademais, em meados da década de 1990, a comunidade de usuários era relativamente pequena e o acesso à rede se dava, em geral, por computadores de mesa. Realidade muito distinta da atual, dado o acesso massivo à rede por bilhões de usuários, distribuídos por todo o planeta, em grande parte por aparelhos móveis. Por isso, muitas pessoas seguem conectadas o dia inteiro, sem solução de continuidade ou sem a necessidade de cruzar qualquer “fronteira” separando o espaço físico do virtual.

Um segundo aspecto relevante é que o ciberespaço sempre refletiu um lugar muito particular e facilmente identificável. Com efeito, seus valores, suas instituições e os seus principais agentes estavam vinculados, física e simbolicamente, aos Estados Unidos e – não seria exagero acrescentar – ao Estado da Califórnia. Sob esse ponto de vista, o ciberespaço não era um “novo mundo” ou um espaço “sem paralelo no ambiente físico”, mas, sim, em boa medida, a reprodução de uma cultura e de valores ancorados em um território específico.

A esse respeito, é significativo o caso *La Ligue Contre Le Racisme et L’Antisémitisme - Licra v. Yahoo*. A controvérsia se instaurou em razão de anúncios de venda de objetos de cunho nazista postados em páginas geridas pelo *Yahoo*. Em maio de 2000, o *Tribunal de Grande Instance de Paris* determinou à empresa que adotasse as

medidas cabíveis para impedir o acesso de usuários franceses às páginas em questão, haja vista a violação à legislação penal francesa e a ofensa à memória coletiva do país, profundamente marcada pelas atrocidades nazistas (FRANÇA, 2000a). Em sua defesa, o *Yahoo* suscitou, entre outros pontos, a incompetência da jurisdição francesa e a impossibilidade técnica de cumprimento da ordem. Além disso, expressou que o conteúdo da decisão era incompatível com a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos e que o seu cumprimento punha em risco a própria existência da internet, descrita como um “espaço de liberdade, pouco receptivo às tentativas de controle e de restrição de acesso” (FRANÇA, 2000b, p. 3).

A retórica liberal e catastrófica do *Yahoo* não convenceu os juízes, que mantiveram a decisão anterior, em novo pronunciamento emitido em novembro do mesmo ano. No que concerne à questão da competência, o tribunal entendeu que a simples visualização, por usuários locais, das páginas de venda de objetos nazistas era suficiente para caracterizar a ocorrência de danos e a violação à lei francesa. Ademais, a existência de anúncios publicitários redigidos em francês na página do *Yahoo* comprovaria a conexão direta da atividade econômica da empresa com o território do país (FRANÇA, 2000b, p. 3-4).

Já o argumento da impossibilidade técnica foi afastado com base em um relatório elaborado por três especialistas. Segundo a análise, seria possível identificar cerca de 90% dos casos de venda de objetos ilegais por usuários franceses, por meio de técnicas de geolocalização e mediante a exigência de uma declaração expressa de nacionalidade para usuários cuja localização do endereço IP não fosse identificada. Adicionalmente, o tribunal considerou que as vendas de objetos nazistas poderiam ser impedidas quando a França fosse indicada como local de entrega e que informações complementares acerca da nacionalidade do usuário poderiam ser rastreadas mediante a identificação da língua utilizada no navegador. A viabilidade dessas medidas seria reforçada ao se considerar que a empresa já havia proibido a venda de outros objetos, tais como órgãos humanos e drogas (FRANÇA, 2000b, p. 4-18).

Sob o ponto de vista teórico, o caso *Licra v. Yahoo* pode ser visto como um confronto direto entre liberais e realistas, com uma incontestável vitória da segunda corrente. De fato, a leitura determinista da tecnologia não se sustentou diante do poder e da soberania do Estado francês. Entre outras técnicas, a possibilidade de geolocalização dos usuários, à época já utilizada para permitir a segmentação da publicidade *online*, contradizia o argumento da impossibilidade de cumprir a decisão e a defesa da internet como um espaço avesso a qualquer mecanismo de regulação. Por sua vez, o ciberespaço e sua lei autônoma – ambos supostamente desterritorializados – se revelaram ancorados no território norte-americano, seja na sede do *Yahoo*, na Califórnia, seja mediante a expressa referência à Primeira Emenda à Constituição dos

Estados Unidos, mencionada como parâmetro violado pela decisão.⁴

No início de 2001, indo além do que havia sido determinado pela Justiça francesa, o *Yahoo* anunciou a adoção de uma nova política global nos termos de uso de seus serviços, com base na qual passou a ser proibida a venda de objetos nazistas. Tal postura, que pôs fim ao caso, foi apontada como uma mudança de paradigma na regulação da internet. Nas palavras de Jack Goldsmith e Tim Wu, “a história do caso *Yahoo* envolve a transformação da Internet de uma tecnologia que resiste à lei territorial para uma que facilita a sua aplicação” (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 10). Na mesma linha é a avaliação de Joel Reidenberg:

Os Estados provam que a soberania ainda é importante no ciberespaço. Os engenheiros definiram, em grande parte, normas de política da informação por meio de escolhas técnicas e de decisões sem respaldo político. O caso *Yahoo* desloca este poder de elaboração de normas para os representantes políticos. [...] Empresas de internet e desenvolvedores de tecnologia serão forçados a reconhecer e acomodar os mais diversos valores públicos nacionais. A decisão impõe o desenvolvimento de uma capacidade técnica que acomode na infraestrutura da rede regras concorrentes e democraticamente escolhidas (REIDENBERG, 2002, p. 272).

Assim, a crítica realista se apoia no pluralismo e na diversidade cultural para sustentar a legitimidade do exercício da regulação estatal no ambiente da internet. Desse modo, argumenta-se que eventual descumprimento da decisão da Corte francesa pelo *Yahoo* implicaria estender a outros países e afirmar, de forma ilegítima, a Primeira Emenda à Constituição norte-americana como lei única e global do ciberespaço. As fronteiras, em suma, refletem diferenças legítimas e que devem ser resguardadas no ambiente digital.

Aliado a isso, além da adaptação da tecnologia aos propósitos legais, a eficácia de leis e decisões nacionais pode ser garantida mediante a imposição de regras e medidas coercitivas sobre usuários ou intermediários locais, firmas que funcionam na internet, porém estão localizadas fisicamente dentro de suas fronteiras. É o caso de provedores de conexão, buscadores e intermediários financeiros. Nesse sentido, no caso *Yahoo*, as multas impostas à empresa foram determinantes para o cumprimento da decisão – apesar da justificativa oficial em sentido diverso (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 8; 68-71).

Ao contrário de previsões pessimistas, que veem no conflito entre leis o risco de fragmentação e colapso da Internet, para os realistas o que ocorre é justamente o contrário: um elemento essencial para o próprio funcionamento da rede.

4 Apesar das alegações de defesa do *Yahoo*, no curso do processo descobriu-se que, em verdade, os servidores da empresa, utilizados para hospedar as páginas acessadas pelos usuários franceses, estavam localizados em Estocolmo, na Suécia (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 7).

Eventuais conflitos surgidos na internet seriam semelhantes àqueles já enfrentados, ordinariamente, em outros campos, como os decorrentes da atuação de empresas multinacionais: “esses são, simplesmente, os custos de se fazer negócios em uma escala internacional” (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 160).

3 Decisões locais, efeitos globais

Não obstante as divergências que os separam, liberais e realistas compartilham um pressuposto equivocado: o tratamento simplista conferido à questão da legitimidade da regulação sobre a internet. O resultado, comum a ambas as correntes, é uma abordagem que subestima a complexidade que cerca o tema e, por isso, não apresenta elementos que permitam avançar na discussão – especialmente, em torno dos limites ao exercício da jurisdição nacional na rede e quanto à definição de critérios normativos aptos a orientar a decisão de casos concretos.

Como visto, contra o determinismo tecnológico da visão liberal, a crítica realista reafirma a importância da soberania dos Estados e a necessidade de que a estrutura técnica da rede reflita escolhas realizadas com o devido respaldo político. No entanto, o mero transplante das fronteiras nacionais para o ambiente da internet não encerra e não resolve o problema da legitimidade do exercício da soberania digital pelos Estados. Isso porque, dada a escala mundial da rede, bem como a ampliação do acesso e a diversificação de seus usos, o próprio exercício da soberania origina conflitos entre leis e decisões de países distintos, seja em razão do conteúdo de suas normas, seja em decorrência da atribuição de efeitos extraterritoriais a decisões de cunho local.

Mesmo no caso *Licra v. Yahoo*, visto por muitos como o triunfo legítimo da soberania sobre a técnica, não se pode ignorar que a mudança dos termos de uso da empresa foi aplicada globalmente, atribuindo-se, ainda que de forma indireta, efeitos extraterritoriais à decisão do tribunal francês. Com isso, como argumenta Douwe Korff, o banimento das páginas de vendas *online* foi aplicado também nos Estados Unidos, o que dificilmente teria sido determinado por tribunais norte-americanos (KORFF, 2014, p. 59-60).

Assim, ao invés da convivência harmônica entre valores distintos, o que se tem é um confronto, com frequência e intensidade cada vez maiores, entre as diversas jurisdições nacionais. Mais do que isso, à falta de padrões consensuais estabelecidos na esfera internacional, os Estados têm recorrido a medidas extremas para garantir o respeito às leis e decisões locais, muitas vezes com impactos negativos sobre a segurança jurídica, o desenvolvimento econômico e a proteção de direitos *online* (LA CHAPPELLE; FEHLINGER, 2016, p. 6; LESSIG, 2006, p. 301).

A questão é que a resposta a esses desafios não pode ser dada, adequadamente, nem por meio do recurso a uma etérea lei do ciberespaço e nem pela defesa

intransigente da soberania digital dos Estados. É preciso, por isso, ir além da polarização entre liberais e realistas, avançando-se na definição de limites ou de critérios de legitimidade que amparem o exercício da jurisdição nacional na internet.

A fim de tornar a análise mais concreta, considere-se o caso da proteção ao direito ao esquecimento na França. Em dezembro de 2014, atendendo a pedidos de cidadãos franceses, a *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL), órgão administrativo responsável pela proteção de dados pessoais no país, determinou ao Google que procedesse à desindexação de resultados de pesquisas associados aos nomes dos usuários solicitantes. Porém, enquanto a empresa sustentava que a desindexação deveria ser efetuada apenas no âmbito europeu, a CNIL impôs a aplicação de sua ordem para todas as extensões do Google, independentemente do código de país ao qual estivessem vinculadas. Em termos práticos, mesmo uma busca feita no *google.com.br* – ou em qualquer outra parte do planeta – estaria abrangida pela determinação da agência francesa.

Segundo o exposto pela CNIL em duas ocasiões (FRANÇA, 2015; 2016), a aplicação global da desindexação se amparava na decisão da Corte Europeia no caso do direito ao esquecimento, demonstrando-se necessária a fim de conferir “efetiva e completa” proteção aos direitos à privacidade. Nesse sentido, o alcance extraterritorial da decisão permitiria afastar qualquer violação a esses direitos ou, enfim, qualquer possibilidade de a ordem ser desrespeitada.

Em resposta ao argumento apresentado pelo Google, de que os efeitos extraterritoriais da ordem seriam ilegítimos, por violar o direito internacional de cortesia e a soberania de outros Estados, a CNIL ponderou que o tratamento a ser dado ao buscador deveria ser único. E isso pela simples razão de que, apesar dos distintos nomes de domínio adotados, as operações de busca utilizariam o mesmo sistema de processamento. Ademais, a ordem abrangeria apenas requerimentos apresentados por residentes na França, devendo, por isso, ser implementada sem restrições, mesmo diante do potencial conflito com normas de outros países.

Em seguida, a CNIL afastou o argumento de que a decisão restringiria a liberdade de expressão de forma desproporcional. A esse respeito, considerou que a desindexação observa critérios de ponderação entre a privacidade individual e o direito de acesso à informação, abrangendo apenas o resultado de pesquisas associadas ao nome de uma pessoa, sem excluir qualquer conteúdo ou página virtual. Além disso, tais páginas e conteúdos permanecem acessíveis quando a busca é realizada com o uso de outros termos.

No curso do processo, o Google sugeriu acatar o caráter global da ordem de desindexação, limitando-o, porém, às buscas efetuadas por usuários franceses. Embora reconhecendo que a proposta era um avanço, a CNIL a considerou insatisfatória e incompleta, já que a informação desindexada permaneceria acessível aos usuários não

residentes no país. Como se não bastasse, cidadãos franceses também poderiam acessá-la, entre outras hipóteses, quando em viagem para outros países, por meio de conexões efetuadas em regiões de fronteira ou com o uso de meios técnicos que permitem ocultar a localização do usuário.

Após a última decisão, de março de 2016, na qual foi imposta uma multa de cem mil euros, dado o não cumprimento da ordem administrativa, o Google apresentou um novo recurso, desta feita dirigido ao Conselho de Estado Francês, até o momento não julgado.⁵

A principal fragilidade da decisão da CNIL reside na violação ao princípio da proporcionalidade e na ausência de fundamentos jurídicos que amparem os seus largos efeitos extraterritoriais. Pode-se dizer, nesse sentido, que a agência francesa procurou atribuir máxima eficácia à sua determinação, descuidando-se, no entanto, do aspecto da legitimidade. O ponto é que, em razão dos princípios da cortesia e da não interferência em assuntos internos de outros Estados, a territorialidade da jurisdição permanece sendo a regra, cuja exceção somente pode ser admitida quando atendidos, cumulativamente, os seguintes critérios: (i) fortes razões jurídicas de mérito, baseadas no direito local e internacional; (ii) proporcionalidade entre a medida e o fim almejado; e (iii) observância dos procedimentos previstos nas leis locais e internacionais.

Quanto ao primeiro aspecto, a CNIL se ampara em uma insustentável concepção absolutista dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais, ignorando que o direito ao esquecimento não é universalmente reconhecido. Pelo contrário, trata-se de tema controverso ao redor do mundo, em particular, dado o potencial conflito com a liberdade de expressão.⁶ Mesmo a decisão de 2014 do Tribunal de Justiça da União Europeia não estabeleceu, de forma precisa, o âmbito de aplicação territorial da proteção a esse direito, fato que, somado à falta de norma expressa nesse sentido, caracteriza a imprevisibilidade da ordem administrativa, conforme ressaltaram organizações sociais de várias partes do planeta, em manifestação dirigida ao Conselho de Estado Francês (ARTIGO 19 et al., 2016, p. 15-21).

Quanto ao segundo aspecto, a CNIL agiu de forma desproporcional ao não admitir qualquer possibilidade de desrespeito à sua determinação. Tal postura inflexível contrasta com a atuação do *Tribunal de Grande Instance de Paris* no caso

5 Segundo o último andamento disponível, em julho de 2017, o Conselho de Estado (FRANÇA, 2017) solicitou a manifestação preliminar do Tribunal de Justiça da União Europeia, sob o argumento de que o caso envolve a interpretação de normas comunitárias.

6 No Brasil, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se posicionou em sentido contrário à desindexação de resultados de buscas na internet, sob o argumento de que: “os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido. Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital” (BRASIL, STJ, 2016).

Licra v. Yahoo, no qual a Corte adotou uma posição mais razoável e autorrestritiva, ao acatar as medidas que asseguravam a filtragem e a identificação de cerca de 90% dos usuários franceses. Conforme argumenta Joel Reindenberg:

O tribunal escolheu a solução de filtragem menos intrusiva e ordenou ao *Yahoo* que tomasse todas as medidas possíveis para bloquear a exibição dessas páginas na França. No entanto, a ordem do tribunal não exigiu 100% de precisão e não mantém o *Yahoo* responsável se os usuários, deliberadamente, procurarem contornar as medidas adequadas postas em prática pelo *Yahoo*. Em vez disso, o tribunal ordenou um nível razoável de conformidade com a lei francesa em conexão com a transmissão de páginas da *web* para a França (REIDENBERG, 2001, p. 268).

Tomando em conta esse parâmetro, pode-se afirmar que a CNIL impôs um ônus excessivo sobre o Google, na medida em que visou obter uma efetividade perfeita e completa da regulação estatal, o que não é admissível ou viável mesmo no ambiente físico, onde também se podem encontrar diversos mecanismos para burlar a lei. Na esfera digital, o desrespeito eventual à norma, além de ser inevitável, é um ônus – com todas as consequências daí decorrentes – que deve ser atribuído aos usuários que se valem de recursos técnicos excepcionais para contornar a legislação.

O fato é que a mera possibilidade teórica de a decisão ser desrespeitada, por atos de cidadãos locais ou de outros países, não justifica a atribuição de efeitos extraterritoriais, assim como não autoriza a adoção de medidas ainda mais radicais visando ao controle total, como, por exemplo, a censura prévia ou o bloqueio de aplicativos que permitem o acesso à internet por meio de redes privadas virtuais (VPN). Como explicam Goldsmith e Wu:

A lei não precisa ser *completamente* eficaz para ser *adequadamente* eficaz. O que a lei busca é aumentar os custos de uma atividade para limitar a sua ocorrência a níveis aceitáveis. Da persistência de eventuais assaltos à banco, não se pode concluir que as leis contra roubo são ineficazes ou mesmo subótimas. Muitas vezes, a lei aceita pequenas evasões porque obter um controle legal perfeito, embora seja possível, é muito custoso. [...] A regulação governamental funciona impondo custos e incômodos, não por vedação hermética (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 67).

A falta de razoabilidade na atuação da CNIL fica ainda mais evidente ao se considerar que cerca de 95% dos usuários europeus utilizam a versão nacional do buscador do Google (ARTIGO 19 et al., 2016, p. 15-21), o que significa que a atribuição

de efeitos globais à decisão ou, até mesmo, a sua extensão para outros países europeus, tem, na grande maioria dos casos, pouco ou nenhum efeito prático na proteção do direito ao esquecimento.

Dado o caráter estritamente nacional desse direito, a proporcionalidade exigiria que a autoridade administrativa efetuasse uma análise diante de cada caso concreto, a fim de que, após pedido expresso e fundamentado do interessado, pudesse avaliar as razões pelas quais, naquela situação específica, seria necessária a atribuição de efeitos extraterritoriais. Realizada essa análise, não seria de todo improvável que a ordem alcançasse apenas algumas extensões do buscador, em relação às quais fosse comprovada a ocorrência de danos efetivos para o requerente, cuja reparação não pudesse ser efetuada, de modo adequado, por outras medidas menos nocivas.

Assim, a avaliação quanto à proporcionalidade demanda que, em casos envolvendo conflitos transfronteiriços na internet, a autoridade competente atue de forma prudente, cautelosa e autorrestritiva, levando em conta (i) dados fáticos e técnicos que embasem a decisão e (ii) assegurem o seu cumprimento de forma *adequadamente* eficaz. Isso implica afastar presunções em abstrato, razões meramente especulativas e qualquer postura inflexível visando à efetividade perfeita e completa ou ao controle total de condutas na rede. Aliado a isso, deve ser (iii) avaliada a existência de medidas menos nocivas e (iv) a ordem deve ser precisa e direcionada especificamente para reparar o dano em questão, com o mínimo de prejuízo para outros direitos, evitando-se, desse modo, decisões de amplo alcance e de efeitos indefinidos.

Por fim, quanto ao terceiro critério de legitimidade, isto é, a observância dos procedimentos previstos nas leis locais e internacionais, a principal crítica a ser efetuada é quanto à impossibilidade de os potenciais atingidos pela decisão poderem se manifestar, seja perante a CNIL ou perante o Google. A abertura do procedimento ao debate público e a possibilidade de a decisão ser revista em face de razões eventualmente apresentadas pelos interessados são elementos fundamentais de sua legitimação, contribuindo, ademais, para minimizar prejuízos e eventuais conflitos com normas de outros países.

A esse respeito, vale mencionar posição adotada pela *Court of Appeal for British Columbia*, no Canadá, no caso *Equustek. v. Google*, julgado em junho de 2015. Na ocasião, o tribunal validou decisão de primeira instância, que havia condenado o Google a desindexar resultados de pesquisa associados a páginas de venda de versões falsificadas de produtos criados pela empresa autora da ação. A ordem também foi emitida globalmente e, em muitos aspectos, reproduz equívocos similares aos da decisão da CNIL.⁷

7 Além do fato de o Google não ser parte do processo (instaurado, inicialmente, entre a *Equustek Solutions* e a *Datalink*, empresa responsável pela pirataria), o tribunal não demonstrou, de forma inequívoca, a proporcionalidade entre a medida extraterritorial e o fim almejado. Nesse sentido, indicou que a maioria dos compradores estariam situados em outros países, sem apontar, no entanto,

Não obstante, o tribunal canadense indicou critérios relevantes para a aferição da legitimidade do procedimento. Primeiro, ressaltou que o princípio da cortesia impede que sejam proferidas ordens com efeitos extraterritoriais que possam atingir temas controversos e sensíveis para outros países:

Por essa razão, os tribunais devem ser muito cautelosos com decisões que possam impor limites à expressão em outro país. Quando há uma possibilidade realista de que uma ordem com efeito extraterritorial possa ofender os valores fundamentais de outro Estado, a ordem não deve ser proferida (CANADÁ, 2015).

No caso dos autos, o tribunal presumiu, de forma questionável, que, por envolver direitos de propriedade intelectual, não havia risco de ofensa à sensibilidade de outras nações. O mais adequado, no entanto, seria atribuir ao autor da ação o ônus de demonstrar tanto a não ocorrência de danos extraterritoriais, como, também, a ausência de violação ao dever de cortesia internacional ou de conflitos com outras jurisdições (ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, 2016). De qualquer modo, a Corte de Apelação ressaltou que, em caso de prova em sentido contrário, a decisão poderia ser revista:

Na improvável hipótese de uma jurisdição qualquer considerar a ordem ofensiva aos seus valores fundamentais, um pedido poderia ser feito ao tribunal para modificá-la, de modo a evitar o problema. [...]. A possibilidade de as partes e outros com interesses jurídicos legítimos solicitarem a modificação dos termos da decisão é uma salvaguarda importante para garantir que esta não seja mais restritiva do que o necessário (CANADÁ, 2015).

quais os países envolvidos ou, mesmo, sem detalhar os dados fáticos e técnicos eventualmente disponíveis. Por outro lado, a Corte apontou que a ordem global contra o Google seria o único meio viável de tornar as páginas de pirataria inacessíveis, embora não tenham sido avaliadas outras medidas menos nocivas, tais como a realização de investigação policial, inclusive mediante a cooperação internacional, e a requisição de informações junto a intermediários financeiros. Ademais, como apontado no voto dissidente no julgamento do recurso perante a Suprema Corte, a empresa ré detém ativos na França, o que permitiria solicitar o seu bloqueio a um tribunal francês. Em última análise, a Corte Canadense reproduz a questionável concepção da “efetividade perfeita e completa” da regulação estatal, impondo uma ordem de amplo alcance e de efeitos indefinidos, do mesmo modo que a CNIL. Para outros argumentos contrários à decisão, tais como a falta de amparo no direito internacional e a questionável atribuição de primazia a direitos de propriedade intelectual, cf. HUMAN RIGHTS WATCH et al. (2016). Registre-se, ainda, que a Suprema Corte do Canadá negou provimento ao recurso interposto pelo Google, mantendo, integralmente, a decisão anterior (CANADÁ, 2017). Para mais detalhes sobre o caso, ver BLANCHFILED (2016) e DEAHL (2017).

A última limitação procedimental destacada pela Corte Canadense foi quanto ao período de vigência da decisão. O juiz relator mencionou que seria apropriada a fixação de um prazo temporal, que poderia ser de dois anos. No entanto, o prazo não chegou a ser estabelecido, tendo em vista a ausência de pedido expresso das partes.

Assim, embora não afaste a necessidade de avaliação quanto à proporcionalidade e às razões jurídicas de mérito, a observância dos procedimentos aplicáveis é essencial para assegurar a legitimidade de uma decisão estatal no âmbito da internet. Nesse contexto, a observância dos procedimentos previstos no direito internacional e nas legislações locais se demonstra passo essencial para a garantia da segurança jurídica e para afastar impactos negativos sobre a liberdade de expressão, a proteção à privacidade de usuários, o desenvolvimento econômico e a inovação na internet. O respeito à soberania dos Estados, a cooperação e a reciprocidade nas relações internacionais são, também, elementos que saem fortalecidos quando são respeitados os procedimentos legais no ambiente digital.

Em última análise, embora possam parecer necessárias em um caso concreto, medidas extremas podem criar precedentes perigosos, incentivando uma corrida jurídica rumo aos mais baixos e frágeis parâmetros jurídicos, que podem justificar a imposição de ordens de censura globais ou outras espécies de medidas autoritárias, com efeitos nefastos sobre a internet.

4 Conclusão

Um dos maiores desafios postos hoje à regulação da internet reside na compatibilização entre sua natureza transfronteiriça e o exercício da soberania digital pelos Estados nacionais. Como demonstrado neste trabalho, não se trata de um debate apenas teórico, uma vez que abrangidos conflitos de ordem prática, cuja resolução e desdobramentos terão impacto decisivo sobre o futuro da rede, em especial no que concerne à proteção de direitos *online* e à preservação de suas características fundamentais, tais como a abertura, a universalidade e a descentralização, além da estabilidade jurídica necessária para a realização de investimentos econômicos e para a promoção de inovação no setor de tecnologia.

Diante desse cenário, conforme exposto na Introdução, a principal pergunta a ser feita e que deve guiar as discussões em torno do assunto é: como garantir, de forma legítima, o efetivo cumprimento de leis e decisões judiciais no ambiente digital?

A resposta a essa questão deve partir do pressuposto de que legitimidade e eficácia são conceitos complementares, que constituem os pontos de apoio centrais do exercício da jurisdição nacional na internet. Isso significa que, quanto maior o grau de legitimidade ou quanto mais fortes os seus fundamentos, maior a possibilidade de se atribuir eficácia a uma decisão estatal, mediante o recurso a medidas coercitivas

e restritivas. Daí a importância de serem definidos parâmetros que possam orientar o processo de tomada de decisão e conferir um grau mínimo de previsibilidade e objetividade à atuação das autoridades estatais, viabilizando, dessa forma, uma aplicação ponderada da lei, que se demonstre compatível com a natureza da internet, bem como com os diversos interesses e princípios envolvidos em cada caso concreto.

Do ponto de vista teórico, as mais importantes soluções ofertadas para esses dilemas vieram de autores liberais e realistas. Os primeiros argumentavam que a “lei do ciberespaço”, uma normatividade espontânea legitimada pelas práticas e pelo consentimento de usuários, viabilizaria a autorregulação da rede, sem a necessidade de recorrer aos mecanismos tradicionais vinculados à jurisdição nacional. Por sua vez, a crítica realista defendia o extremo oposto, vendo na soberania dos Estados um mecanismo necessário e legítimo para garantir a expressão do pluralismo político e a convivência entre distintas culturas e sistemas de valores no ambiente digital.

A posição defendida neste trabalho é a de que, embora forneçam contribuições relevantes, essas duas concepções são insuficientes para lidar com a complexidade inerente aos atuais conflitos entre leis e jurisdições nacionais na internet. Deve-se destacar, em especial, o constante recurso a medidas unilaterais, dotadas de efeitos extraterritoriais – globais, inclusive – muitas vezes sem a observância de princípios como o da cortesia, da não interferência em assuntos de outros Estados ou, mesmo, de procedimentos previstos no direito internacional.

A partir da análise de decisões recentes, argumentamos que, em casos envolvendo conflitos transfronteiriços na internet, a autoridade responsável deve atuar de forma prudente, cautelosa e autorrestritiva, reconhecendo que a territorialidade da jurisdição permanece sendo a regra, cuja exceção somente pode ser admitida quando atendidos, cumulativamente, os seguintes critérios: (i) fortes razões jurídicas de mérito, baseadas no direito local e internacional; (ii) proporcionalidade entre a medida e o fim almejado; e (iii) observância dos procedimentos previstos nas leis locais e internacionais.

O primeiro critério destaca a necessidade de que a medida imposta encontre amparo expresso na legislação em vigor, demonstrando-se, assim, previsível e compatível com parâmetros normativos locais e internacionais. Deve-se evitar, por isso, a imposição de limites à expressão ou qualquer decisão restritiva que possa atingir temas controversos e sensíveis em outros países.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade exige que a decisão tome por base dados fáticos e técnicos (evitando-se presunções em abstrato e razões especulativas), além de ser precisa e direcionada especificamente para reparar o dano em questão. Nesse sentido, uma regulação proporcional deve avaliar a existência de medidas menos nocivas e ter por objetivo assegurar o cumprimento adequadamente eficaz da lei, impondo custos e incômodos que limitem a ocorrência de ilícitos a níveis aceitáveis. Por tal razão, são incompatíveis com a proporcionalidade posturas inflexíveis visando

ao controle total de condutas ou à perfeita e completa eficácia da lei na internet, em particular quando possam ocasionar efeitos prejudiciais e imprevisíveis sobre o exercício de outros direitos igualmente relevantes.

Por fim, a observância dos procedimentos legais também é pressuposto importante para a garantia de legitimidade e previsibilidade das decisões. Em regra, razões de ordem pragmática não devem autorizar o desrespeito aos procedimentos vigentes, notadamente nas situações ordinárias, nas quais não se caracterize uma situação de urgência ou a ocorrência de um dano irreparável.

Referências

- ARTIGO 19 et al. *Memoire en intervention*. Conseil d'Etat. Nº 399.922. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38567/Google-CNIL-Final-Submission.pdf>>. Nov. 2016. Acesso: 19 jan. 2017.
- BARLOW, John Perry. *A declaration of Independence of Cyberspace*. Fev. 1996. Disponível em: <<https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>>. Acesso: 27 dez. 2016.
- BLANCHFILED, Mike. *Google, B.C. firm duel over free speech, copyright in Supreme Court battle*. Dez. 2016. Disponível em: <<https://www.thestar.com/business/2016/12/06/google-bc-firm-duel-over-free-speech-copyright-in-supreme-court-battle.html>>. Acesso em: 22 jan. 2017.
- BOHANNON, John. The frustrated science student behind Sci-Hub. *Science*, 28 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.sciencemag.org/news/2016/04/frustrated-science-student-behind-sci-hub>>. Acesso em: 05 jan. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no Recurso Especial nº 1.593.873*. Google Brasil e S.M.S. Rel. Min. Nancy Andrighi. 10 nov. 2016.
- CANADÁ. Court of Appeal for British Columbia. *Equustek Solutions Inc. v. Google Inc.* jun. 2015. Disponível em: <<https://www.canlii.org/en/bc/bcca/doc/2015/2015bcca265/2015bcca265.html>>. Acesso: 22 jan. 2017.
- _____. Supreme Court of Canada. *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.* jun. 2017. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/16701/index.do>>. Acesso em: 8 out. 2017.
- DEAHL, Dani. Canada's Supreme Court rules Google must block certain search results worldwide. *The Verge*. Jun. 2017. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2017/6/28/15888408/canada-supreme-court-google-block-search-results-equustek-datalink>>. Acesso em: 07 out. 2017.
- ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. Factum of the Interveners. *Supreme Court of Canada, Google v. Equustek*. out. 2016. Disponível em: <<https://www.eff.org/document/eff-equustek-briefsupreme-court-canada>>. Acesso em: 23 jan. 2017.
- FRANÇA. Tribunal de Grande Instance de Paris. *UEJF et Licra vs. Yahoo! Inc. et Yahoo France*. 22 mai. 2000a. Disponível em: <<http://juriscom.net/2000/05/tgi-paris-refere-22-mai-2000-uejf-et-licra-c-yahoo-inc-et-yahoo-france/>>. Acesso em: 11 jan. 2017.
- _____. *Tribunal de Grande Instance de Paris. UEJF et Licra vs. Yahoo! Inc. et Yahoo France*. 20 nov. 2000b. Disponível em: <<http://juriscom.net/wp-content/documents/tgiparis20001120.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2017.
- _____. *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés. Décision nº 2015-047 du 21 mai 2015*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCnil.do?id=CNILTEXT000030746525>>. Acesso: 18 jan. 2017.
- _____. *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés. Décision nº 2016-054 du 10 mars 2016*. Disponível em: <<https://goo.gl/whCcm5>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

- _____. *Conseil d'État. Décision* n° 399922. 19 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-19-juillet-2017-GOOGLE-INC>>. Acesso em: 5 out. 2017.
- GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. *Who controls the internet? Illusions of a borderless world*. Oxford: Oxford University, 2006.
- HUMAN RIGHTS WATCH et al. *Factum of the Interveners*. Supreme Court of Canada, Google v. Equustek. Out. 2016. Disponível em: <<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38519/Google-v-EquusTek.PDF>>. Acesso em: 23 jan. 2017.
- JOHNSON, David; POST, David. Law and borders: the rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, vol. 48, n. 5, 1996, p. 1367-1402.
- KORFF, Douwe. The rule of law on the internet and in the wider digital world. *Council of Europe*. Issue paper. 2014. Disponível em: <<https://cihr.eu/publication-the-rule-of-law-on-the-internet/>>. Acesso em: 18 jan. 2017.
- LA CHAPELLE, Bertrand; FEHLINGER, Paul. *Jurisdiction on the internet: from legal arms race to transnational cooperation*. Internet & Jurisdiction paper. Abr. 2016. Disponível em: <<https://www.internetjurisdiction.net/uploads/pdfs/Papers/IJ-Paper-Jurisdiction-on-the-Internet-PDF.pdf>>. Acesso: 06 jan. 2017.
- LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. In: SILVA, R.; SANTOS, M. (org.). *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79-95.
- LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.
- LEVIN, Sam; WONG, Julia. Facebook backs down from 'napalm girl' censorship and reinstates photo. *The Guardian*, 9 set. 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/09/facebook-reinstates-napalm-girl-photo>>. Acesso em: 08 jan. 2017.
- MARTEL, Frédéric. *Smart: o que você não sabe sobre a internet*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- MURPHY, Kate. Should all research papers be free? *The New York Times*, 12 mar. 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/03/13/opinion/sunday/should-all-research-papers-be-free.html?_r=0>. Acesso em: 05 jan. 2017.
- PALFREY, J. Four phases of internet regulation. *Social Research*, v. 77, n. 3, 2010, p. 981-986.
- REIDENBERG, Joel. Yahoo and democracy on the internet. *Jurimetrics*, 42, 2002, p. 261-280.
- SASSEN, Saskia. *The impact of the internet on sovereignty: unfounded and real worries*. 2000. Disponível em: <<https://www.progetto-rena.it>>. Acesso em: 08 jan. 2017.