

## **Da licença, não sou daqui (...)**

### **A flagrante inconstitucionalidade da atual lei do marco civil da internet no Brasil (Lei 12.965/2-14)**

*Paola Cantarini*

*Especialista em Direito Constitucional e Direitos Humanos. Mestre em Direito Comercial pela PUCSP, doutoranda em direito pela Universidade de Salento Itália em filosofia do direito. Professora universitária UniFMU. UNIP.*

Da licença não sou daqui...

Permitam-me o uso parresiástico do questionamento filosófico, que envolve o mestre e o discípulo não em uma retórica, mas a uma erótica, no melhor sentido do erotismo ligado intrinsecamente ao amor como *phato e eros*, em uma busca pela sensibilidade perdida, pelo corpo poético e não formatado...padronizado... maquinizado e mercantilizado.

Busca-se uma visão multidimensional, com transdisciplinariedade, multifacetada, não dogmatizada, zetética, intuicionista, pragmática, uma visão de quem tem o sangue carioca, o olhar paulista, com pitadas de italiano e espanhol, em uma mistura que se pretende ser profunda e ao mesmo tempo sensível, ao mesmo tempo com o toque de arte poética e filosófica.

Permanecer na hipertrofia da consciência, ou lutar pela libertação da alma indolente, indômita, visceral, ancestral, de suas atuais amarras, e voltar-se, tal como no passado, quando as ligações humanas estavam repletas de elementos míticos, mágicos e religiosos, para além do bem e do mal, não vivendo apenas pelo prazer, mas ir além. É o reconhecimento do direito a ter direitos e do direito a resistência quando presentes decisões judiciais ou leis injustas que não se pautam pela justiça social.

Como devemos e como queremos viver?

Sócrates é mesmo eterno, ao fazer tal questionamento, no lugar do medo de quem sabe ser finito e que tudo é perigoso neste mundo enorme, neste mar imenso, ele se eternizou também por não curvar-se nem mesmo à morte.

Somos criaturas e criadores, animal, humano e divino, protagonistas de nossa história.

*Homem circulator*, em uma sociedade mais da informação do que do conhecimento e da comunicação, onde é possível estar em todos os lugares ao mesmo tempo e não estar em lugar algum.

Ser mais imaginativo e menos racional, menos para ser mais.

Estamos presos em locais sem paredes.

*Displaced persons ...*, sem o reconhecimento de que antes de sermos iguais somos irmãos.

O *carpe diem* foi moldado, assim como a busca pela felicidade reduzida à busca pelos prazeres, e o amor abandonado pela facilidade do sexo rápido, *sex food*, com ampliação de diversos crimes agora cometidos na rede mundial, como *grooming*, *sexextortion*, *cyberbulling*, *sexting* e *sexcasting* que crescem a vontade no mundo quase sem lei da internet, à custa de valores indispensáveis, de nos melhorarmos como pessoas, e não mais apenas viver-se o hoje a qualquer custo, já que não se tem um possível futuro.

É a festa da insignificância e dos prazeres fáceis e líquidos.

Chega de homens de pedra e de mulheres de plástico, sobreviventes nas sombras das horas.

E vital sonhar.

Ma(i)s cedo o (s)onho.

***“No todo es vigilia la de ojos abiertos” (Macedonio Fernández)***

Qual a saída após o fracasso do neoliberalismo e do capitalismo globalizante para evitarmos a degradação humana e do planeta, o pensamento e as emoções enlatadas, as amígdalas de faz de conta como Alice no país das maravilhas?

Ao contrário de um único sentido de via interpretativa acerca da autoimunidade da sociedade pelo Direito, sendo este o sistema imunológico da sociedade que visa protegê-la, mas que acaba inexoravelmente por atacar esta implacavelmente, procuramos ver um lado positivo, em um certo distanciamento, para com um viés neutro chegar depois a uma final composição de contrários e antagonismos.

Afinal não temos liberdade neste sentido, de querer ser só para depois sermos dois e vários, em um universo onde de fato assim estamos, sós, uma vez que os laços de amizade são na maior parte fruto de interesse e de relações tribais e de poder em um ciclo vicioso?

É o distanciamento necessário para ser resguardar de constantes ameaças, pois quanto mais nos abrimos, mais próximos dos outros unilateralmente, não significando reciprocidade e tampouco que tais ameaças cessarão ou que seremos compreendidos ou que sairemos deste beco sem saída. É uma via de mão dupla.

Vemos como necessária ante a não igualdade nas relações sociais e jurídicas, já que os anseios da Revolução Francesa de igualdade, liberdade e fraternidade ficaram a meio do caminho, como para inglês ver, enquanto enchiam os bolsos da nova classe social burguesa, abolindo-se e proibindo o comércio entre os familiares, as Corporações de Ofício, ao invés

de incentivar e melhorar suas imperfeições, sempre busca-se o meio mais cruel e menos equitativo em prejuízo da parte mais fraca, afinal a história só mostra o lado do vencedor. É a chamada lei do menor sacrifício, mas inócua e abusiva quando se fala em afronta a valores supremos, como, por exemplo, a dignidade humana.

Vemos então a necessária busca do meio termo também aqui, nem tanto aberto nem tanto fechado, e sempre com os ouvidos e olhos bem abertos, olhos de ondas, atentos sempre ao egoísmo, egocentrismo, individualismo, maximização de lucros, idolatria individualista que mata a solidariedade e a fraternidade, já que o poder sempre busca o poder e se infiltra nos subterrâneos de nossas mentes e possui inúmeros disfarces.

O demônio do medo de Bauman.

O demônio é o outro?

Medo de amar.

Não é novidade que os mais ricos se tornam cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres, aumentando também a alta concentração do dinheiro, “the new order society”, o vil metal que se multiplica a si próprio e compra a alma da maioria ao nos sucumbirmos à lei da selva, à lei natural de Darwin onde os inaptos são descartados, sequer se permitindo a comunicação entre ricos e pobres, é o

isolamento, a exclusão social, política, cultural e econômica da maior parcela da população brasileira e mundial, uma vez que 1/5 da população brasileira está na faixa da miséria completa.

Não há comunicação possível quando a distância só aumenta e os ricos sequer concordam em ceder o mínimo, mesmo sabendo que o mínimo do rico é o obstáculo do pobre.

Ainda dependemos de governos que se submetem a grupos de pressão dos mais diversos, aos interesses pessoais, pois não confiamos uns nos outros. Assim dependemos de um governo onde falta legitimidade e coerência, pois vários dos que chegam ao poder, negam o que escreveram, negam a si mesmos, sucumbindo ao poder, e também pela falta de uma Corte Constitucional representativa, com mandato eletivo e distante dos três poderes, e não como agora onde os Ministros do STF são nomeados pelo Presidente da República e diversos julgamentos são mais políticos do que jurídicos, julgamentos onde há conflitos entre direitos fundamentais com a não observância de um procedimento objetivo e racional via princípio da proporcionalidade, o qual na maior parte dos julgados é visto como sinônimo de razoabilidade, ou aplicado sem consideração a tal procedimento, mas sim de forma casuística e subjetiva, confundindo-se direitos com valores.

Precisamos de um novo corte de SUCEKIND.

E vital uma reaproximação do direito com a filosofia e com as artes, para nos permitir ao menos voltar a questionarmos o senso comum, buscarmos a sensibilidade, a diferença, o original. Precisamos voltar a dançar, cantar, brincar, inventar, inverter papéis, enxergarmos nosso próprio interior antes de conseguir compreender o outro.

Ame-se ou deixe-se.

Não é preciso antes se odiar, para se amar...?

Somos uns o LABIRINTO dos outros ...

Como diz a música “Heroes” de DAVID BOWIE ....”I WISH WE COULD SWIM LIKE THE DOLPHINS CAN..WE CAN BE JUST LIKE HEROES JUST FOR ONE DAY...”.

Precisamos de mais loucos e de mais poetas, que consigam ter coragem de olhar o homem como deus e como carneiro e de questionar se de fato estamos felizes, e colocar definitivamente a dignidade humana e o mínimo existencial como direito de todos e não amparar-se a democracia da ditadura da minoria privilegiada.

Para evitar sermos cada vez menos por querer ser cada vez mais.

E, no entanto, a vida nos escapa, e não apenas com a morte, mas enquanto a vivemos.

Que (se) viva a vida!

A arte existe para que não sejamos destruídos pela realidade fria, já que estamos no domínio da Terra, de ABRAXAS, como denomina JUNG em seu livro vermelho, somos seres rastejantemente humanos, meramente humanos, e nos esquecemos de que possuímos qualidades superiores, sendo criaturas e criadores e deuses também, já que somos feitos à semelhança, tudo que esta em cima também está em baixo e nos limitamos uns aos outros, como se fosse um erro sonhar e querer realizar nossos sonhos.

E preciso poetizar-se, dissolvendo paredes de aço com palavras perdidas como bombas imaginárias.

Acaba por outro lado sendo uma questão de ideologia, de valores, a se defender uma posição ou outra já que sempre o objeto observado sofre a influência do observador, e a razão consegue argumentos para tudo defender de forma dogmática, totalizante e autoritária, onde cada vez mais se privilegiam as Instituições Financeiras e a selvageria do capitalismo neoliberal, em detrimento dos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, em especial os direitos sociais que vão sendo flexibilizados e relativizados.

Até chegar onde queremos viver no país como de Alice no país das maravilhas, onde as nuvens são de algodão e os ventos de jasmin doce?

Ser avatar do caos do amor e do prazer misturado aos costumes dos bárbaros, livre, leve, solto?



Os direitos sociais, privados e públicos deveriam estar em mesmo pé de igualdade, em atenção ao Princípio do Estado Democrático de Direito, destacado no preâmbulo e no artigo 1º de nossa Carta Magna, sendo da essência deste princípio conciliar tais diversos e antagônicos interesses muitas vezes, sobretudo se consideramos a opção política do constituinte ao prever já no preâmbulo de nossa CF a base social de nosso pacto social, qual seja, uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos de qualquer espécie, com vistas a dignidade humana de todos da população.

Mas, sabemos na verdade que o direito historicamente segue as ordens do capital, o que leva a considerar sim uma necessidade de uma primazia *prima facie* em países periféricos como o Brasil dos direitos sociais, dos menos favorecidos, dos explorados e miseráveis, excluídos do mundo de oportunidades e prazeres anestésiantes, para se chegar a um equilíbrio e assim, voltarmos a equacionar tais direitos em isonomia.

Aquilo que nos ataca também nos traz a salvação? O que não nos mata nos fortalece e nos transforma radicalmente como uma fênix? Aonde está o perigo também está a salvação?

NESTE sentido de primazia *prima facie* dos direitos sociais, José Afonso da Silva, *in* curso de direito constitucional positivo, 31ª. ed. *in* “a ordem

econômica na CF88 da lavra de Eros Grau, p. 186, dispondo “ embora capitalista a ordem econômica dá prioridade aos valores sociais do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado”, evitando-se que nossa Constituição Federal seja como mera folha de papel, ou ficção, da mesma forma como ocorre com os direitos humanos em sua multidimensionalidade, que só se efetivam, diante do reconhecimento do direito a ter direitos, como afirma Hannah Arendt, quando protegidos internacionalmente, assim também como os direitos fundamentais não devem ser apenas uma fachada, em uma constituição programática ou nas brilhantes críticas de Roberto MANGABEIRA Unger e de Paulo Bonavides, em especial a globalização que faz servos e derruba as soberanias nacionais; contra o fetichismo estrutural e institucional, é preciso um projeto democrático radical tal como postula Mangabeira, com a concretização multidimensional dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensão, como propõe o capitalismo humanista, e o reconhecimento da dignidade humana e do mínimo vital, existencial como preceituam o preâmbulo, o artigo 1º. da CF e o artigo 79 do ADCT-CF, que reconhece o direito de todos a uma existência digna e ao mínimo existencial.

Não basta o Brasil ser a 5ª. economia mundial, e o 8º. País considerando-se o PIB – Produto Interno Bruto quando o IDH – Índice de Desenvolvimento Econômico

corresponde em 2011 ao 84º. lugar, correspondendo ao não respeito aos direitos humanos, miséria, fome, alta concentração de renda, e instabilidade e fragilidade de nossas instituições, marcadas por corrupção sistêmica.

*Te acuerda que te acuerdes.*

“O tempo vê tudo!”.

Os fatos falam por si e nos causam assombro mais do que as antigas tragédias gregas, já que não há maior assombro do que o próprio homem, sendo que o assombro agora não vem acompanhado do apaziguamento do êxtase catárquico, resultando num profundo vazio, em um abismo onde nem mesmo o abeto finca suas raízes.

*NUR NARR! NUR DICHTER!* Somente Louco! Somente poeta!

São flagrantes os fatos narrados por Eros Roberto Grau, no tocante a inúmeras doenças que são criadas pela falta de incentivo econômico de empresas e governos, em suas palavras:

“a epidemia da febre aftosa e devida a busca de rentabilidade, que levou os operadores a economizar custos, sacrificando a segurança em favor de suas margens de lucro. Em nome da desregulamentação os governos de Margarete Thatcher mandaram as favas o principio da precaução e chegaram ao ponto de

destruir inteiramente o serviço nacional de Veterinária. Além disso, outra decisão nefasta foi adotada em 1991 para economizar um bilhão de euros e favorecer as exportações, proibiu-se a vacinação de animais. Essas medidas, próprias de uma agricultura produtivista e que criaram as condições da peste..também o desespero da competição a corrida desenfreada ao maior benefício e ao mais barato, encontram-se na origem da doença da vaca louca. Diz o Le Monde de 13-03-2001 que todas as pesquisas revelam um liame entre certas modificações do processo de fabricação de farinhas animais inglesas e o surgimento do príon, partícula infecciosa proteica, de natureza e método de ação mal-conhecidos que seria o agente de encefalopatias espongiiformes....”. (p. 52 .A ordem econômica na Constituição de 1988. 14ª. edição. Eros Roberto Grau)

A banalização da violência, do sexo, do amor e da morte, nos trazem a muitos apenas a insensibilidade dos que já estão acostumados a mortes cada vez mais corriqueiras e violentas, como se fossem médicos acostumados a ver os pacientes morrerem sem dar qualquer esperança de sobrevivência a muitos, de forma antecipada, para já cortar o mal pela raiz.

Precisamos sim de heróis, me desculpem os que acham estes apenas aqueles que ultrapassam a medida, mas que corajosamente vão em busca de mudanças na sociedade, na cultura, como exemplos

na falta das famílias hoje na maioria separadas ou quando juntas mais separadas do que nunca, ampliando-se o isolamento social, inexistindo tempo de qualidade para emprego em atividades que não se resumem a ilusão, superficialidades e egocentrismo.

Jung diz em seu Livro vermelho, no Apêndice C, na verdade um excerto do Livro Negro 5, que o Deus único a quem devemos adorar está no meio, trazendo então a questão do princípio da proporcionalidade, que representa a busca do caminho do meio e da multidimensionalidade dos direitos fundamentais.

O princípio dos princípios possui características *sui generis*, tanto pelo tríplice conteúdo, material, processual e formal, como por ser ao mesmo tempo regra e princípio, por estar no ápice do ordenamento jurídico e mesmo assim descer até sua base quando aplicado para resolver conflitos de direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade representaria assim a natureza de norma jurídica fundamental tal como desenvolvida por Hans Kelsen, mas não hipotética e sim concreta e prevista na ordem jurídica brasileira por força do p. 2º. do artigo 5º da CF88, sendo o único princípio absoluto, ao contrário dos demais que possuem a característica de relatividade, já que aquele deverá ser sempre empregado, para a solução correta e que perfaça a busca da justiça social e o respeito a dignidade humana a qual jamais poderá ser ferida, por

ser mesmo o núcleo essencial de qualquer direito fundamental.

Complexidade a flor da pele, em busca de novos paradigmas que se sustentem no ar e não desmorone como um castelo de areia.

Todas as certezas e paradigmas estão quebrados, a era da comunicação e do conhecimento e total utopia, no máximo vivemos ainda em uma sociedade da informação, da tecnocracia, e do simulacro. Em busca do corpo perfeito e da saúde perfeita imune a qualquer doença, são novas iniciativas na área médica a cada dia.

O questionamento, o questionar-se é fundamental para sairmos do estado de nômadias, de passividade sufocante e superficializante ideolatria do ego, construindo ao invés de seres humanos, autômatos que vivem menos que vivos mortos.

O princípio da proporcionalidade visa assegurar além da proteção aos direitos fundamentais, uma via segura, objetiva e coerente nas decisões judiciais, evitando-se casuísmos, subjetividades e arbitrariedades, permitindo-se a observância de um procedimento objetivo e racional, ao serem analisados os três subprincípios do princípio da proporcionalidade.

Mas para isso é preciso de coragem.

Neste sentido inúmeras leis são editadas no Brasil flagrantemente inconstitucionais por privilegiarem as instituições financeiras, em detrimento de direitos sociais, promovendo cada vez mais uma flexibilização de direitos sociais ou de direitos fundamentais, como por exemplo, a atual lei de recuperação e falências, Lei 11.101/2005 e algumas por colocarem em patamar de superioridade jurídica alguns direitos fundamentais em detrimento de outros tantos, como em especial a nova lei do marco civil da internet no Brasil, Lei 12.965/2014, em específico seus artigos 2, 19 e 21, senão vejamos.

O artigo 2º. da mencionada lei privilegia e coloca em patamar de destaque e superioridade frente a demais direitos fundamentais de mesma hierarquia, o direito a liberdade de expressão, bem como em seus artigos 19 e 21 consagram um novo sistema de responsabilidade do provedor de hospedagem quanto a conteúdos ilícitos por meio da internet, contrariando majoritária jurisprudência do STJ que reconhecia a responsabilidade solidária dos provedores que não retirassem o conteúdo ilícito mediante simples notificação da parte prejudicada, sistema similar, mas não igual ao sistema norte-americano conhecido como “notice and take down”.

Neste sentido tal novidade da lei do marco civil vem contrariar um princípio implícito de nossa Constituição Federal que veda o retrocesso em conquistas sociais,

econômicas, políticas, já que houve um retrocesso exigindo-se agora como regra (art. 19) a propositura de ação judicial específica para então se consagrar a responsabilidade do provedor que permanecer internet e não retirar o conteúdo ilícito. A exceção por conta do artigo 21 é no caso de cenas de nudez e sexo, onde seria possível não mais a responsabilidade solidária, mas sim, subsidiária, no caso de notificação e omissão do provedor em retirar o conteúdo ilícito.

Parte da doutrina considera que eventual controle prévio pelos provedores, sem a ação judicial, mas por meio de simples notificação extrajudicial equivaleria a censura, e obrigação não existente em lei, afrontando-se com isso a liberdade de expressão, como dispõe por exemplo Rui Stoco; ocorre, que, o sistema do *notice and take down* ao contrário do atual sistema do *judicial notice* consagrado agora pela lei do marco civil da internet, não se configura censura e afronta ao direito a liberdade de expressão, mesmo porque o direito por exemplo à intimidade à privacidade uma vez lesionados, jamais se recomporão de forma completa, ao contrário por exemplo do direito à informação, sempre possível de ser resguardado posteriormente, embora talvez sem o mesmo impacto das notícias avassaladoras e abusivas muitas vezes, senão vejamos.

O sistema anglo-saxão que envolve os EUA e o Reino Unido ao contrário da sistemática de proteção dos



direitos autorais dos países como o Brasil que seguem o sistema francês do “droit d’auteur” prevê o sistema do “notice and takedown”, embora apenas para as afrontas aos direitos autorais (copyright) e não aos demais conteúdos ilícitos na internet, funciona resumidamente da seguinte forma: a vítima notifica o provedor, o qual deverá retirar prontamente do ar o conteúdo alegado ilícito, mas no caso de contranotificação por parte do notificado, o provedor informará ao notificante que o conteúdo será recolocado no ar no prazo de 10 a 14 dias, caso não seja intentada ação judicial e uma vez ajuizada esta o conteúdo somente será recolocado no caso de ordem judicial.

Mister afim de se aplicar e interpretar corretamente uma lei a observância de uma hermenêutica adequada e adequadora com observância de todos os direitos fundamentais envolvidos, os quais, somente poderão ser solucionados de forma correta e justa no caso concreto, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, visto inexistir superioridade jurídica, consoante nossa Constituição Federal de qualquer direito fundamental, com exceção ao princípio da dignidade humana, consagrado já no artigo 1º. da carta cidadã, e correspondente segundo parte da doutrina ao conteúdo essencial de todo e qualquer direito fundamental, o qual jamais poderia ser violado, e sem consideramos a necessidade em países periféricos da proteção *prima facie* de direitos

sociais, constantemente reduzidos pelas leis infra-constitucionais.

*It's a long way...*