

BREVES APONTAMENTOS SOBRE OS PROCEDIMENTOS JUDICIAIS PRESENTES NO PROJETO DO MARCO CIVIL NA INTERNET

Antônio Rulli Neto¹; Renato Asamura Azevedo²; David de Oliveira Rufato³

Resumo

O presente estudo procura abordar os principais aspectos processuais no Marco Civil da Internet e a sua importância para solucionar os abusos cometidos por usuários da internet aos direitos da personalidade. O cerne deste artigo é a análise dos procedimentos apresentados nesse modelo legislativo que tem por objetivo tutelar os conteúdos ofensivos.

Palavras-chaves: Sociedade da Informação, internet, projeto de lei, procedimentos civis, responsabilidade civil, direitos da personalidade.

BRIEF NOTATION ON JUDICIAL PROCEDURES PRESENTS IN CIVILIAN GUIDE PROJECT ON THE INTERNET

Abstract

Abstract: This study seeks to address the main procedural aspects of the Internet in “Marco Civil” and its Substitute, and the importance to remedy abuses by Internet users of personality rights. The crux of this article is the analysis of the procedures presented in this legislative model whose objective tutelary offensive content.

Keywords: Information Society, internet, bill, civil procedure, liability, rights of personality.

Introdução

A *Internet* nasceu em meados da década de 70 (sessenta) e se transformou no meio de comunicação que mais cresce nos últimos tempos.

Em 2014, se tornou o segundo meio de comunicação mais usado no Brasil, perdendo apenas para a televisão, mas ficando a frente do rádio.

Com tal crescimento, a internet criou um meio de comunicação social para os brasileiros, pela sua facilidade e velocidade na propagação das informações. Contudo, diante da eficiência da rede, foi possível constatar diversas práticas abusivas por usuários, ferindo diversos direitos da personalidade que ocasionam inúmeras demandas no Poder Judiciário.

Tal avolumento de demandas decorre da ausência de legislação específica, pois o Poder Judiciário, na medida em que decide tais casos, profere decisões divergentes e, em última análise, criando uma verdadeira insegurança jurídica aos jurisdicionados.

¹ Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenador Adjunto do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU.

² Graduado na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2007), e mestrando em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU.

³ Graduado no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2011) e mestrando em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU. E-mail: davidrufato@rulliadv.com.br.

Esse se revelou um dos fatos, no qual houve a necessidade da elaboração do Marco Civil da Internet. Mais do que isso, o projeto de lei, tende a inovar a legislação substantiva, na medida em que define os procedimentos judiciais.

Portanto, sem querer limitar o estudo, esta é a razão dos breves apontamentos sobre os procedimentos presentes no projeto do Marco Civil da Internet.

O Histórico do Marco Civil

Em 29 de Outubro de 2009, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça - SAL/MJ, à época administrada por Pedro Abramovay, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, lançou o projeto para a construção colaborativa de um Marco Civil da Internet no Brasil.

Segundo Pedro Abramovay, a necessidade da criação de, sobretudo, uma Carta de Direitos aos usuários na Internet, foi compreendida pelo Presidente da República de então, Luis Inácio Lula da Silva, na medida em que, após o encerramento do Fórum Internacional de Software Livre, realizada em Junho de 2009, pediu ao então Ministro da Justiça, Tarso Genro, que coordenasse a elaboração do Marco Civil da Internet (ABRAMOVAY, 2014).

Um dos motivos para que o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Assuntos Legislativos, realizasse a parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro se deu pelo fato de que o referido Ministério não tinha condições de criar uma plataforma para que o processo de elaboração do Marco Civil fosse público, com sugestões e debates pela própria sociedade civil pela internet, algo inovador e que fosse de encontro com as propósitos do projeto. Isto é, a dinâmica adotada teve como ferramenta a própria internet, o que possibilitou a todos os grupos sociais ampla transparência e discussão do projeto.

Para dar início aos debates, partiu-se de duas inspirações: o texto constitucional e o conjunto de recomendações apresentadas pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGI.br - no documento Princípios para a governança e uso da Internet (Resolução CGI.br/RES/2009/003/P)".

O Ministério da Cultura colaborou com a iniciativa, pois foi pelo site www.culturadigital.br, rede social mantida por este ministério, que uma ampla discussão foi realizada em torno do projeto no período de Outubro de 2009 a Maio de 2010.

Os debates pela rede social foram divididos em duas fases.

Na primeira fase, o debate ocorreu em torno de idéias, princípios, valores. Tendo em vista o texto base apresentado, com o conteúdo advindo do texto constitucional e do documento Princípios para a governança e uso da Internet (Resolução CGI.br/RES/2009/003/P).

Após os comentários refletidos sobre o texto base, foi elaborada a minuta do anteprojeto de lei.

Na segunda fase, com a minuta já elaborada, os comentários e as discussões centraram-se em torno do anteprojeto, não mais do texto base. Assim, cada artigo, parágrafo, inciso estava apto a receber comentários.

Ambas as fases, duraram 45(quarenta e cinco) dias.

Pelo formato da consulta, pretendeu-se estimular a participação da sociedade e reconhecer a relevância de suas contribuições, tanto na definição da abrangência da norma quanto de sua redação final.

Buscou-se, portanto, ampliar o conceito de participação popular e de democratização do processo legislativo, a partir do uso cidadão de tecnologias de informação e comunicação.

Esta iniciativa, obteve mais de dois mil comentários diretos sobre o marco regulatório na internet.

Após esta ampla discussão com especialistas e com a sociedade civil, foi apresentado em Abril de 2011 ao Congresso Nacional, o projeto de lei 2.126/2011, no qual se apresentou como o “**Marco Civil da Internet**”, que se dividiu em cinco capítulos: 1) Disposições Preliminares; 2) Direitos e Garantias dos Usuários; 3) Da Provisão de Conexão e de Aplicações de Internet; 4) Atuação do Poder Público e 5) Disposições Finais.

Após o trâmite legislativo em caráter de urgência, a Presidente sancionou a lei em 23 de abril, durante a conferência NETmundial realizada em São Paulo.⁶

⁶ <http://netmundial.br/pt/>

Contexto histórico do Marco Civil da *Internet*

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD referente ao ano de 2009 realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aponta a existência de 68 (sessenta e oito milhões) de internautas, com taxa de crescimento de mais de um milhão a cada três meses (PNAD, 2009).

Os números expressam a dimensão dos diversos desafios para que a *Internet* realize seu potencial social.

O principal desafio é harmonizar a interação entre o Direito e a chamada cultura digital.

Mais do que isso, tornou-se necessária a criação do Marco Civil da *Internet* (BRASIL, 2014), na medida em que não há legislação pátria que abarque, dentre outros temas, os princípios, fundamentos, direitos, garantias e responsabilidades dos usuários de maneira clara e que, por consequência desta ausência, tem gerado incerteza jurídica quanto ao resultado de questões judiciais relacionadas ao tema, portanto, em prejuízos judiciais até que a jurisprudência se adeque a nova realidade da sociedade da informação; da aprovação desarticulada de propostas normativas especializadas, que gerem divergência e prejudiquem um tratamento harmônico da matéria; de desencontros ou mesmo omissões nas políticas públicas; de violação progressiva de direitos dos usuários pelas práticas e contratos livremente firmado; ausência de previsibilidade, por um lado, que desincentiva investimentos na prestação de serviços por meio eletrônico, restringindo a inovação e o empreendedorismo e que, de outro canto, dificulta o exercício de direitos fundamentais relacionados ao uso da rede, cujos limites permanecem difusos e cuja tutela parece carecer de instrumentos adequados para sua efetivação.

A Regulação das relações de *Internet*

Há algum tempo se tenta regular a *internet*. Apesar de não haver a necessidade para tanto – no Brasil há uma crença de que tudo deve estar na lei.⁷ Muitos dos dispositivos necessários para a regulação das relações na *internet* estão presentes em nosso ordenamento.

Há, contudo, dispositivos que poderiam facilitar tais relações, em parte, como exemplo, podemos citar o recente Decreto que trata do comércio eletrônico no Brasil, mas assim mesmo com críticas, como a possibilidade de devolução, depois de compra, de livros eletrônicos.

Críticas à parte, há disposições, desde que não sejam usadas para se exercer um controle fora da liberdade constitucional de imprensa, expressão et., que pode ser muito útil e facilitar a vida das pessoas na rede, especialmente em situações nas quais há violação de direitos fundamentais, direitos da personalidade ou violações que possam gerar prejuízos morais ou psicológicos.

É nesses casos, especialmente, que nos últimos anos têm havido muitas discussões. Em grande parte dos casos, tirar ou não tirar da *internet*, *blogs* ou de redes sociais eventuais colocações feitas entre os usuários ou, ainda mais basicamente, como fazer a prova disso ou conduzir o processo.

Além disso, como e quando indenizar eventuais violações.

Tutelas judiciais ou administrativas quanto a guarda dos registros de acesso a aplicações da *internet*

Uma das principais novidades do chamado Marco Civil é seu art. 17, pelo qual uma ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de *Internet* a guardarem registros de acesso a aplicações de *Internet*, desde que se tratem de registros relativos a fatos específicos em período determinado, ficando armazenados para fornecimento das informações.

Pelo mesmo dispositivo, a autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de acesso a aplicações de *Internet* sejam guardados, observados o procedimento no próprio Marco Civil, dentre eles, o prazo de um ano.

A proposta de Lei também, de certa maneira, fora do que já vinha se decidindo com fundamento no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), assim como com fundamento no art. 927, parágrafo único, afastou a

⁷ O Brasil detém recorde de legislação tributária – vide <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,legislacao-tributaria-vira-livro-de-6-toneladas,675806.0.htm>, acesso em 12 de março de 2014.

responsabilidade pela não guarda dos registros de acesso a aplicações de Internet, especialmente a responsabilidade sobre danos decorrentes do uso desses serviços por terceiros.

Ao que parece, ao menos o prazo de um ano deve ser garantido, além de se respeitar situações de eventuais empresas menores ou situações de impossibilidade técnica que, gerariam responsabilidade sem culpa, mas por fato excepcional, alheio à vontade ou irresistível.

Isso não acontece apenas com a autoridade policial ou com o Ministério Público. Há uma inovação também em relação à pessoa eventualmente interessada ou lesada. Nesse caso seria colocada uma pá de cal em tal discussão de como e em que situações poder-se-ia pedir os registros.

O Marco Civil também resolve a questão do sigilo, preservando-se sempre a intimidade.

Pelo art. 23 do Marco Civil, a parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de *Internet*.

O Projeto de Lei condiciona o pedido a alguns requisitos, além de eventuais outros contidos em lei, sendo (i) fundados indícios da ocorrência do ilícito; (ii) – justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e (iii) período ao qual se referem os registros.

Caberá ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro (art. 24).

O Projeto permite a parcial ou total antecipação de tutela, ainda que em procedimento dos Juizados Especiais.

De certa maneira, a legislação já permitia o funcionamento das tutelas de urgência em favor de situações que envolvessem usuários de *internet*, seja por sua fungibilidade (art. 273, §7º CPC), seja pela amplitude possível de conteúdo a partir do que se conhece por efetivismo. Do contrário teríamos uma verdadeira ditadura do processo pelo próprio processo – a discussão de procedimento sem conteúdo.

Já se julgava, aliás, como aparentemente também se julgará, de acordo com critérios de eliminação dos efeitos do tempo sobre os direitos. Na *internet* os efeitos do tempo são muito mais visíveis ou muito mais sentidos pelas partes.

A ideia fundamental do art. 273 do Código de Processo Civil (THEODORO JR, 2007), foi a busca de celeridade, especialmente eliminando os efeitos do tempo sobre uma situação desfavorável sofrida pelo demandante. Eis o que se buscou com as reformas ocorridas na década de 1990.

Leia-se o art. 273:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; (...)

O artigo 273 traça uma linha para estabelecer equilíbrio nas situações em que pode ser aplicado ou não, como explica Dinamarco (1996). Para o traçado dessa indispensável linha equilibrada, sugeriu-se a realização de três raciocínios como premissa para sua concessão de seus efeitos (DINAMARCO, 1996, p. 274):

(a) um juízo do mal maior, pelo qual o juiz investiga qual dos sujeitos sofrerá mais se o autor, em razão do mal temido, ou se o réu, em razão da própria situação a ser criada pela cautelar;

(b) um juízo do mal mais provável, pelo qual o juiz sopesa probabilidades de dano para saber onde estão os maiores riscos se é mais provável o acontecimento temido pelo autor ou mais provável o mal que a cautelar causaria;

(c) um risco do direito mais forte, pelo qual o juiz confronta a pretensão, o direito e fatos trazidos pelas partes, para saber com quem é mais provável estar a razão.

Da conjugação desses três juízos deve resultar a conclusão pela outorga ou negativa da medida. Essa estrutura de raciocínio já era aconselhável mesmo antes da reforma pela qual passou o Código de Processo Civil e, mesmo ainda sem o Marco Civil, porque corresponde a um seguro comportamento racional do julgador, associado à sua sensibilidade às agruras pelas quais passam as partes.

Há critérios objetivos para a concessão da tutela antecipada, todos podendo ser visualizados em cada caso concreto pelo juiz da causa. O primeiro desses critérios objetivos é a existência de prova inequívoca suficiente a

trazer ao juiz a visão da verossimilhança do direito alegado pelo autor (art. 273, caput), depois o risco de dano irreparável.

Assim, nessa busca de um equilíbrio institucional e objetivo entre critérios, tem sido propostos em sede doutrinária alguns raciocínios condensados nas locuções juízo do direito mais forte e juízo do mal maior e sobre cuja aplicação ao caso discorre-se a seguir. É mais forte o direito da autora quando, por sua própria natureza, expressa valores particularmente caros ao Estado como, por exemplo, o direito ao ensino, direito à vida e à saúde.

Mas é também mais forte o direito da parte quando, pelas circunstâncias da causa, da prova, dos fundamentos jurídicos levantados pelo demandante, percebe-se um grande grau de probabilidade de sua existência efetiva e real. Chegamos com isso ao caput do art. 273 do Código de Processo Civil, que fala da prova inequívoca e verossimilhança da alegação.

Em cada caso, é importante sopesar tudo quanto foi dito sobre a violação de determinados direitos os quais militam em favor do reconhecimento de um fortíssimo juízo de probabilidade (inequívoco) da existência do direito invocado. Mesmo antes de decidir sobre o mérito de eventual pretensão, pergunta-se ao MM. Juiz de Direito, é mais forte o direito daquele que quer o cumprimento da lei ou o daquele que pretende a manutenção de uma exigência desarrazoada, por exemplo.

Em todos esses casos, nos sistemas fora da legislação especial exige-se, ou, ao menos recomenda-se, evitar situação de risco que possa reverter-se em dano reverso.

Houve, mesmo no Marco Civil, a preocupação em se manter o princípio da celeridade, voltando-se ao movimento efetivista, ou seja, os princípios constitucionais não representam uma simples generalização das leis, como querem os positivistas, sendo eles elementos informativos de todo sistema jurídico, em que podemos distinguir entre princípios gerais do direito – que são proposições descritivas que revelam grandes tendências do direito positivo – e os princípios constitucionais (GOMES, 2005). Os princípios constitucionais foram concebidos como produto da ordem jurídica, e não como seu fundamento. O fundamento de positivação dos princípios reside na necessidade de não precisar recorrer a uma fonte de direito, exterior ao sistema para resolver questões não previstas no tipo legal. *Princípios são princípios e assim devem ser encarados, sendo a lei interpretada sempre de acordo com os princípios* (LEAL, 2003, p. 72).

De qualquer forma, nos associamos a Alexy, em termos de possibilidade de aplicação dos princípios, sendo necessária a análise de cada situação concreta, mas não deixando de lado a efetiva aplicação em todas essas situações:

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino solo prima facie. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina como há de resolverse la relacion entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas (1993,p.99).

Nada além da ponderação de valores e da própria aceitação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para os casos concretos. Não se tratam de meras regras, contudo, como explica o próprio Alexy:

Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen se haga exactamente lo que em ellas se ordena, contienen una determinación em el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a sua invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice (ALEXY, 1993, p.99).

No direito brasileiro também são reconhecidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade a serem levados em conta em tal interpretação. Como explica Alexandre Magno Fernandes Moreira (2014) o princípio da proporcionalidade, que se identifica com a razoabilidade, tem três elementos ou subprincípios: (a) adequação: o ato administrativo deve ser efetivamente capaz de atingir os objetivos pretendidos; (b) necessidade: o ato administrativo utilizado deve ser, de todos os meios existentes, o menos restritivo aos direitos individuais; (c) proporcionalidade em sentido estrito: deve haver uma proporção adequada entre os meios utilizados e os fins desejados. Proíbe não só o excesso (exagerada utilização de meios em relação ao objetivo almejado), mas também

a insuficiência de proteção (os meios utilizados estão aquém do necessário para alcançar a finalidade do ato) e continua: “A proporcionalidade em sentido estrito tem importância fundamental na aplicação das sanções. Assim, a gravidade da sanção deve ser equivalente à gravidade da infração praticada” (...) “Esse princípio também é essencial na determinação do valor da indenização a ser paga nos casos de responsabilidade civil do Estado. De acordo com o art. 944 do Código Civil, a indenização deve corresponder à extensão do dano – material, moral ou estético. Porém, o seu valor pode ser reduzido se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Os tribunais superiores, STF e STJ, somente têm revisto sanções administrativas e indenizações impostas em razão de responsabilidade civil do Estado se elas forem absolutamente desarrazoadas ou desproporcionais. Do contrário, seria preciso analisar os fatos do processo, o que é vedado em recurso especial e extraordinário. A proporcionalidade também é utilizada como uma forma de ponderação entre dois ou mais princípios constitucionais que estejam em conflito, determinando, em cada caso, qual deve prevalecer sobre o outro. É comum utilizá-la, por exemplo, para resolver conflitos entre o interesse público e os direitos individuais” (MOREIRA, 2014).

Como se verifica há outros fundamentos já existentes, inclusive, ponderando-se valores, para que, em situações de violação de direitos, sejam cessados os efeitos, tanto por meio judicial como administrativo, seja para instrução civil, seja para instrução criminal.

Disposições sobre responsabilidade civil sobre conteúdo gerado por terceiros

Tratamos inicialmente de disposições processuais envolvendo problemas ocorridos na *internet*, especialmente aquelas de coleta de provas, tutelas de urgência ou inibitórias, que, conquanto já tivessem mecanismos em nosso sistema, foram tratadas em dispositivo específico no Marco Civil.

De certa maneira, como já se disse, o intuito era de acabar com eventuais discussões acerca do tema que, invariavelmente, desembocam na etapa subsequente de alguns casos – as indenizações.

O art. 19 do Marco Civil exclui a responsabilidade dos provedores de conexão, o que faz sentido. Aqui seria o mesmo que processar o Estado por motorista imprudente, tão somente por sua imprudência que causou dano.

Assim, o provedor de conexão à Internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, o que pode não ocorrer com provedores de conteúdo.

Por outro lado, a disposição do art. 20, tem a finalidade de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de *Internet* somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Para tanto o pedido se dá na forma anteriormente descrita e a ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

O Marco Civil também contém disposição reforçando a competência dos juizados especiais, pela qual causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na Internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de Internet poderão ser apresentadas perante os juizados especiais, podendo, mesmo no Juizado Especial, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na Internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Outro ponto importante foi esclarecer algumas situações pelo Marco Civil. Assim, sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo, caberá ao provedor de aplicações de Internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou salvo expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

Além disso, o Marco Civil prevê que, quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de Internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, substituirá o conteúdo tornado indisponível, pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização (Art.21).

Pelo art. 23 do Projeto, os provedores de aplicações de Internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros poderá ser responsabilizado subsidiariamente pela divulgação de imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado sem autorização de seus participantes quando, após o recebimento de notificação, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Pelo Marco Civil, facilita-se a busca de responsáveis, mas ainda há um e mais casos julgados como veremos mais adiante. Alguns recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça – o ponto de partida para uma nova visão da responsabilidade civil de provedores.

O STJ, em recente decisão, reconheceu a responsabilidade do provedor para retirar do ar conteúdo ofensivo, depois de informado pela pessoa que se sente ofendida (STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1306066 MT 2011/0127121-0, Relator Min. Sidnei Beneti):

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. RETIRADA. REGISTRO DE NÚMERO DO IP. DANO MORAL. AUSÊNCIA. PROVIMENTO.

1.- No caso de mensagens moralmente ofensivas, inseridas no site de provedor de conteúdo por usuário, não incide a regra de responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Cód. Civil/2002, pois não se configura risco inerente à atividade do provedor. Precedentes.

2.- É o provedor de conteúdo obrigado a retirar imediatamente o conteúdo ofensivo, pena de responsabilidade solidária com o autor direto do dano.

3.- O provedor de conteúdo é obrigado a viabilizar a identificação de usuários, coibindo o anonimato; o registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio de rastreamento de usuários, que ao provedor compete, necessariamente, providenciar.

4.- Recurso Especial provido. Ação de indenização por danos morais julgada improcedente. (grifos nossos).

A decisão direciona o posicionamento acerca da responsabilidade dos provedores, especialmente, levando em conta a eticidade como sustentáculo do sistema.

O caso não é de responsabilidade direta dos provedores, contudo, depois de informado, o servidor passa a assumir os riscos pelo que manteve no ar. E diga-se – afirmar que isso ou aquilo é ofensivo é algo muito pessoal, mas deve ser respeitado.

É conhecido um programa de rádio no qual o locutor telefona para as pessoas e normalmente as chama por apelidos. Na maioria das vezes, os apelidos, como palavras isoladas, não podem ser consideradas ofensivas (ex. cavalo, cabeça, orelha, dente). Contudo, percebe-se a reação das pessoas que demonstram sua extrema insatisfação ao serem chamadas pelo apelido jocoso, além de extremamente humilhante para elas. Não há como excluir a ofensa diante da reação das pessoas que sentem o constrangimento pelo ato. Tudo gira em torno da dignidade. Ninguém pode ser tratado de maneira que se sinta ofendido, especialmente, fora do razoável e com a utilização de apelidos. Se um apelido incomoda ou não, somente o apelidado poderá dizer. E o nome é uma característica protegida da personalidade de todos.

Quando se fala em ofensa, não resta dúvida de que deva ser excluída do ambiente virtual.

A decisão do Ministro Beneti gerou, na prática, maior rapidez para a exclusão de conteúdo ofensivo, pois co-responsabiliza o provedor que mantiver as ofensas, sendo o Marco Civil um retorno nesse sentido.

Em 31 de maio de 2012, outra decisão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, também reconheceu a responsabilidade de provedor por não excluir mensagem ofensiva da rede:

Os provedores de acesso à internet não têm responsabilidade objetiva pela veiculação de toda e qualquer mensagem postada na rede. Entretanto, respondem por conteúdos ofensivos ou dados ilegais caso não tomem as providências cabíveis para minimizar os danos. Esse foi o entendimento do STJ ao julgar recurso interposto pela Google Brasil Ltda. contra um cidadão do Rio Grande do Sul, que pediu para o provedor excluir da rede página intitulada “prendam os ladrões da UniCruz”, postado na rede social Orkut. A Google Brasil foi condenada em primeira instância a pagar R\$ 7 mil pela hospedagem da página, criada por um usuário com perfil falso, e multa diária de R\$ 1 mil caso não retirasse do ar o conteúdo contestado. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) confirmou a condenação, com o entendimento de que a responsabilidade do provedor era do tipo objetiva. A Terceira Turma do STJ concordou com o valor da condenação, mas entendeu que a responsabilidade não é objetiva, como foi julgado pelo TJRS. Há que analisar caso a caso, como destacou a relatora, ministra Nancy Andrighi. O

ofendido, no caso, solicitou ao provedor auxílio para excluir a página da rede, mediante o uso da ferramenta “denunciar abusos” existente no Orkut, mas o provedor teria negligenciado o atendimento, conforme informações do processo. “Uma vez ciente da existência de mensagem de conteúdo ofensivo, o provedor tem o dever de retirá-la imediatamente do ar, sob o risco de responsabilização”, disse a ministra. Nancy entende que não se pode considerar o dano moral um risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo e não se pode também exigir que fiscalizem todo conteúdo postado, pois isso eliminaria o maior atrativo da rede, que é a transmissão de dados em tempo real. No entanto, a mera disponibilização de um canal para denúncias não é suficiente. “É crucial que haja a efetiva adoção de providências tendentes a apurar e resolver as reclamações formuladas, mantendo o denunciante informado das medidas tomadas, sob pena de criar uma falsa sensação de segurança e controle”, disse a ministra. (DINIZ, 2004, p.7)

Desafiando o modelo clássico de responsabilidade civil?

Para Sérgio Cavalieri Filho,

Responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. (CAVALIERI FILHO, 2006, 2)

No caso em discussão, como salientado no voto, se trata de uma relação de consumo regulada pelo Código de Defesa do Consumidor: Vale notar, por oportuno, que o fato de o serviço prestado pelo provedor ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo ‘mediante remuneração’, contido no artigo 3º, parágrafo 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor (BRASIL, 1990).

Discute-se, ainda se haveria responsabilidade na forma preconizada pelo art.927, parágrafo único do Código Civil, que também foi afastada, para os casos dos provedores.

Isso porque, como em outras situações de “vigilância em massa”, utilização de meio, concausas, não se pode responsabilizar outros, senão aquele que efetivamente causou o dano. A decisão, que abre um paradigma nesse sentido, define claramente que em situações como a ocorrida, se houver negligência depois do conhecimento do fato, há a responsabilização.

Em situações semelhantes à culpa é demonstrada e gera a responsabilidade, especialmente depois de o provedor ter conhecimento de que o conteúdo gera constrangimento a alguém. E volta-se ao quanto já se colocou. Não se trata de violação à liberdade de expressão, mas de abuso em seu exercício que, depois de noticiado, deve gerar sua retirada do ar.

Assim, não existe um desafio ao modelo clássico. Apesar de sempre se alegar que não há nexos entre o dano e algum ato do provedor, passa a existir, assim que o provedor toma conhecimento da ofensa, passa também a permitir a violação de direitos da personalidade, sendo concorrentemente culpado pelos danos.

As decisões adequam ao sistema atual as situações de violação de direitos da personalidade por divulgação de ofensas na rede. Como em outras situações de vigilância em massa, não pode o vigilante ser penalizado por tudo que ocorrer, mas apenas quando deixar de tomar providência essencial e específica, sendo responsabilizado por deixar de agir nas situações em que deveria e tinha conhecimento.

Em termos semelhantes é a responsabilidade do Estado pela atuação policial. O Estado, conquanto responda objetivamente (CF, art. 37), não pode ser responsabilizado por todos os crimes em todos os lugares, mas responderá se houver falha na prestação dos serviços.

Providências judiciais para a consecução de resultados - à guisa de conclusões

As recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça regulam a responsabilidade dos provedores, reconhecendo-a, sempre que houver negligência na exclusão de informações ofensivas ou impróprias, ainda que tenha afastado a responsabilidade objetiva, preconizada pelo art. 927, par. ún. do Código Civil.

Criou-se um novo paradigma para tais casos em que se reconhece a ausência de obrigação geral de vigilância, mas a obrigação de fazer, a partir do momento em que há ciência da violação ou abuso de direitos.

O entendimento privilegia a eticidade do sistema, a preservação da boa-fé e tutela da confiança.

O mesmo se levou em conta para a elaboração do Marco Civil, tendo em vista que os dispositivos são semelhantes, têm como fundamento o art. 273 do CPC (tutela antecipada, tutelas inibitórias e tutelas de urgência). Pelo dispositivo em discussão nas Casas Legislativas, há um avanço pela unificação de providências, especialmente, proteger direitos fundamentais.

Referências

ABRAMOVAY, Pedro. **O Marco Civil e a política dos Netos**. http://www.brasilpost.com.br/pedro-abramovay/o-marco-civil-e-a-politic_b_4810634.html. Acesso em 14 de março de 2014.

ALEXY, Robert. **Toría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993;

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 29 de junho de 2014.

_____. **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**. Lei 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 7. p. 7.

GOMES, Luiz Flávio. **Normas, regras e princípios: conceitos e distinções**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527>>. Acesso em fevereiro de 2014.

LEAL, Mônia Hennig. **A constituição como princípio – os limites da jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Manole, 2003.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/admin/story.php?mode=edit&sid=20110113103607441, acesso em fevereiro de 2014.

PNAD. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: Síntese de Indicadores 2009**. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/pnad_sintese_2009.pdf. Acesso em 12 de março de 2014.

RESOLUÇÃO CGI. Disponível em <http://www.cgi.br/regulamentacao/resolucao2009-003.htm>. Acesso em Março de 2014

THEODORO JR., Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Recebido: 22/07/2014

Aceito: 25/07/2014