

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS E ECONÔMICAS FACULDADE DE DIREITO

**ANÁLISE CRÍTICA DO MARCO CIVIL DA INTERNET À LUZ DE GARANTIAS E
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

LETÍCIA PEREIRA DE ALVARENGA TAVARES

RIO DE JANEIRO
2017/ 1º SEMESTRE

LETÍCIA PEREIRA DE ALVARENGA TAVARES

**ANÁLISE CRÍTICA DO MARCO CIVIL DA INTERNET À LUZ DE GARANTIAS E
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Guilherme Magalhães Martins.

RIO DE JANEIRO
2017/ 1º SEMESTRE

P231a Pereira de Alvarenga Tavares, Leticia
 ANÁLISE CRÍTICA DO MARCO CIVIL DA INTERNET À LUZ
 DE GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS / Leticia
 Pereira de Alvarenga Tavares. -- Rio de Janeiro,
 2017.
 84 f.

 Orientador: Guilherme Magalhães Martins.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

 1. Direitos da Personalidade. 2. Marco Civil da
 Internet. 3. Ponderação de Interesses. 4.
 Responsabilidade. 5. Análise Crítica. I. Magalhães
 Martins, Guilherme, orient. II. Título.

CDD 340.0285

LETÍCIA PEREIRA DE ALVARENGA TAVARES

**ANÁLISE CRÍTICA DO MARCO CIVIL DA INTERNET À LUZ DE GARANTIAS E
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Guilherme Magalhães Martins.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2017/ 1º SEMESTRE

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o papel desempenhado pela Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, na qualidade de norma reguladora das relações virtuais no ordenamento jurídico, verificando se o referido diploma legal é capaz de trazer respostas aos operadores do direito nos casos em que houver a necessidade de ponderar interesses de igual valor e importância para Estados Democráticos de Direito. Para tanto, será feita uma breve análise dos direitos da personalidade, demonstrando-se como desafios apresentados pelas relações inauguradas com o advento da internet e das soluções oferecidas ou não pelo Marco Civil para solucionar tais desafios. Demonstraremos e analisaremos o conteúdo valorativo do diploma legal – fundamentos, princípios e objetivos -, bem como suas regras de caráter objetivo e mandamental. Ao final, escolheremos uma das questões reguladas pelo Marco Civil para análise mais crítica: a responsabilidade civil dos provedores de internet. A escolha por este tema se deu, uma vez que se trata de matéria envolvendo de forma mais evidente a colisão entre garantias constitucionais e interesses de mesmo valor; liberdade de expressão *versus* privacidade e ainda por tratar-se de tema que irá regular as relações cíveis futuras. Buscar-se-á nesta análise específica, verificar se o Marco Civil atende às necessidades surgidas com a era digital respeitando o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Marco Civil da Internet. Lei 12.965/2014. Regulação da Internet. Ponderação de Interesses. Responsabilidade. Análise Crítica.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the role played by Law 12.965 / 2014, known as the Brazil's Internet Bill of Rights, as a rule destined to regulate virtual relations, verifying whether the said legal diploma is capable of bringing answers to the legal experts in cases where there is a need to consider interests of equal value and importance for Democratic States of Law. In order to comply with this purpose, a brief analysis of the structure of the Brazilian legal system and the personality rights, which demonstrate the challenges presented by the relations inaugurated with the advent of the Internet and the solutions offered by the Internet Bill of Rights to solve these challenges will be made. We will analyze the value content of the legal diploma –its grounds, principles and goals - as well as its rules presents a more objective character. In the end, we will select one of the issues regulated by the Bill of Rights in order to develop a more critical analysis about the regulation: this issue is the civil liability of internet providers. The choice for this theme has occurred, since it is a matter more clearly involving the collision between constitutional guarantees and interests of the same value: freedom of expression versus privacy and also because it is a subject that will regulate future civil relations. It will be sought in this specific analysis, to verify if the Brazil's Internet Bill of Rights met the needs arisen with the digital age respecting the legal order.

Key words: Marco Civil da Internet. Brazil's Internet Bill of Rights. Law12.965/2016. Governance of the Internet. Balance of Interests. Responsibility. Critical analysis

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	13
1.1 Breve histórico da criação desses direitos.....	14
1.2 Do desafio quanto à regulação dos direitos da personalidade em consonância com a liberdade de expressão.....	17
1.3 Métodos de Interpretação jurídica e a Técnica de Ponderação.....	20
2. ADVENTO DA LEI 12.965\2014: Marco Civil da Internet.....	26
2.1 Razões que levaram à criação da Lei.....	26
2.2 Principais fundamentos e princípios da Lei.....	30
2.2.1 As cinco manifestações do princípio da liberdade de expressão na Lei..	34
2.2.2 A vedação ao anonimato e o Marco Civil.....	38
2.3 Temas específicos da Legislação.....	41
2.3.1 Neutralidade da Rede.....	42
2.3.2 Privacidade na guarda de dados dos usuários.....	46
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DA INTERNET:	
Avanço ou Retrocesso?	53
3.1 O regime de responsabilidade adotado pelo Marco Civil da Internet.....	54
3.1.1 Uniformização jurisprudencial.....	56
3.1.2 A importação da teoria do notice and takedown.....	64
3.2 Inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet: Violação à garantia constitucional de reparação plena e integral por danos à honra, privacidade e imagem (CF,art.5º,X).....	67
3.3 Propostas de soluções.....	70
3.3.1 Outros remédios.....	72
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	81

INTRODUÇÃO

O avanço das novas tecnologias vem influenciando de modo vertiginoso vidas de indivíduos e de sociedades inteiras, produzindo novos hábitos e sendo substituídos por tecnologias ainda mais recentes. Dessa forma temos que lidar a cada dia com grandes volumes de informação, todo este conjunto de tecnologias, conhecimento e interações se traduzindo também em uma série de implicações em termos jurídicos.

Nesse sentido, o futuro da regulamentação da Internet, como local onde exercemos nossa vida digital, depende diretamente do alinhamento de um rol de princípios uniformes que devem estar legitimados e ser de conhecimento de todos os seus participantes. A garantia das liberdades depende do cumprimento de compromissos em que sejam estabelecidos parâmetros e limites para as atitudes humanas, para a manutenção do pacto social.

Desde a criação da Internet, uma das maiores discussões é justamente sobre a necessidade ou não de se regulamentar este ambiente que teria, em princípio, surgido, sem qualquer controle impositivo. Após o uso massificado e aumento de usuários de determinada ferramenta, surge a necessidade de se estabelecer um código de conduta. Nessa linha de raciocínio, passa a ser necessário a construção de regras claras para seu uso ético, seguro, legal, saudável e sustentável, mas com o desafio da quebra do paradigma geográfico na aplicação da norma legal.

Todos os operadores envolvidos na viabilização do universo digital e de seus desdobramentos mais recentes até a chegada dos aplicativos, devem coordenar esforços para padronizar o que deve ser seguido por todos neste ambiente, onde quer que estejam os usuários. Dessa forma, observa-se o primeiro desafio a ser enfrentado em relação direta com a própria natureza da web, que é a ausência de limitação territorial, respeitadas as soberanias dos Estados.

Ocorre que, nos últimos anos, o crescimento foi tão acelerado que a sua autoregulamentação por meio de contratos privados não foi mais satisfatória. A iniciativa privada e seus códigos de conduta digitais não eram didáticos e educativos, ao passo que as regras regulamentadoras do meio virtual eram desconhecidas, ensejando sua eficácia somente

com o desfecho judicial. Isso fez com que a Internet tenha se tornado um local selvagem, voltado ao estado de natureza onde vale a lei do mais forte. Sendo assim, buscou-se a elaboração de leis de modo que alcançassem as situações surgidas em um ambiente de relacionamentos digitais atemporais e multiterritoriais.

Nessa seara, um segundo desafio seria a premissa basilar da Internet que é o fato de não se tratar de outra realidade, paralela, chamada de virtual. Isso significa dizer que para a eficácia das leis no tocante à melhor regulamentação da Internet deve estar baseada nos princípios condizentes com a atual realidade tais como neutralidade, liberdade de expressão, privacidade, proteção de dados pessoais, proteção de direitos autorais digitais, entre outros. Não importa quanto tecnológica a sociedade tenha se tornado, os princípios gerais do direito são ainda tão válidos e relevantes.

O maior efeito que sentimos hoje está mais relacionado com a capacidade de informação, ou seja, tomar conhecimento do que está ocorrendo pois há maior documentação e prova das condutas. Mais evidências da ocorrência de crimes e a vulnerabilidade da exposição contribuem para um sentimento generalizado de insegurança dentro da Internet. Isso porque a partir do momento em que há prova de um ato ou fato, nasce o dever de agir e, se não há uma resposta da autoridade competente para combater a prática ilícita, cresce a impunidade que estimula mais ilícitos.

Trata-se de um outro desafio, solucionar a questão do descumprimento de regras sustentado pela certeza de impunidade e possibilidade do anonimato. A conduta exercida através da internet tem poder danoso maior que o presencial eis que é ilimitado, inesgotável, distante e, muitas vezes, de autoria não identificável. Muitos casos ficam sem solução justamente pela dificuldade de se atribuir de forma inequívoca um ato à uma identidade.

Nesse sentido, resta configurada a importância de regulamentação da web. No Brasil, ocorreu a promulgação de leis específicas como a Lei de Crimes Eletrônicos (Lei 12.737\2012) e a Lei do Marco Civil da Internet, visto como Constituição da Internet (Lei 12.965\2014), bem como os vários projetos de leis com destaque ao Anteprojeto de Proteção de Dados Pessoais. No entanto, há princípios universais do direito, recepcionados pela Constituição Federal de

1988 que devem estar garantidos também na Internet como o direito à privacidade e a liberdade de expressão que, muitas vezes, podem se contrapor entre si.

O Marco Civil da Internet tratou destes princípios supramencionados, mas deu tratamento preferencial à liberdade de expressão em detrimento à proteção da honra e reputação do indivíduo, na medida em que passou a determinar que um conteúdo só possa ser removido da web com ordem judicial, entendimento divergente ao aplicado antes da publicação dessa Lei. Isso significa dizer que a lei brasileira priorizou a permanência do conteúdo publicado e compartilhado, excetuando apenas o caso de exposição de nudez não autorizada que enseja remoção imediata a pedido do envolvido, de forma extrajudicial, conforme analisaremos mais adiante.

Assim, o maior desafio encontra-se em comunicar dois princípios que podem se contrapor, bem como o método ideal para fazer isso utilizando-se de técnicas tradicionais de uma época anterior a toda a Revolução Digital. O tempo normal de tramitação nestas duas esferas é muito superior ao que um usuário está disposto a aguardar para ter seu direito garantido. Afinal, se as partes podem estar em qualquer lugar, a qualquer momento, como trazer a discussão para um Judiciário ainda moroso e que exige a apresentação presencial dos envolvidos ?

O fato é que a privacidade é um conceito que está em transformação, o mesmo pode-se dizer sobre a soberania. Redefinir esses institutos em um momento de grande desenvolvimento tecnológico da sociedade humana e de livre circulação de pessoas e bens pela Internet é de extrema dificuldade. Faz-se necessária uma Justiça célere, totalmente digital, bem como, um Estado articulado que cumpra o seu papel em fornecer recursos suficientes ao acesso digital, como direito fundamental, conjugado à capacitação e educação.

O objetivo da presente pesquisa é compreender os avanços e as demandas sociais digitais para que seja conjugado com a devida regulamentação da Internet. A Lei do Marco Civil tenta, juntamente com decretos que tratam de certas especificidades, regular condutas, como uma Constituição da Internet, mas várias vezes não terá sucesso nesse objetivo, como será analisado.

Busca-se também nessa pesquisa esclarecer e abordar a linha tênue dos direitos fundamentais envolvidos na temática. Basicamente, o Marco Civil da Internet é calcado em três direitos indispensáveis à demanda virtual: a neutralidade da rede, os provedores de acesso devem tratar todos os dados que circulam na Internet da mesma forma, sem qualquer distinção, a liberdade de expressão, garantindo que todos sigam se expressando livremente e que a Internet continuará sendo um ambiente democrático, aberto e livre e, por fim, o direito à privacidade, que preserva a intimidade e a vida privada.

Frise-se que não há a pretensão de se esgotar todo o tema na presente monografia, apenas se tendo por meta basilar que o trabalho elaborado contribua para uma importante e necessária reflexão na seara jurídica sobre a questão inovadora e atual da Internet no Brasil.

A toda evidência, a proteção à privacidade, valor tutelado constitucionalmente, não pode representar ônus para a pessoa humana, sob pena de se consagrar uma verdadeira regra de exposição na internet. Também não servem aqui argumentos de que a internet é de difícil ou impossível regulação, consistindo em “espaço de liberdade, por excelência”. Tal construção é falaciosa, na medida em que a liberdade está sendo aí exercida no interesse do fornecedor de produtos ou serviços, interesse este a que acaba submetido o usuário da rede, na ausência de normas protetivas.

As relações travadas na internet são relações sociais como quaisquer outras. Nesse sentido, o universo virtual não pode se tornar uma bolha de imunidade aos valores fundamentais do ordenamento jurídico, em especial à proteção da dignidade humana.

A escolha por este tema se deu, por se tratar da regulação apresentada pelo legislador do Marco Civil que traz de forma mais evidente o embate entre duas garantias constitucionais de igual valor: a liberdade de expressão *versus* a privacidade.

O objetivo desta pesquisa é de ilustrar como se deu o processo regulatório, quais foram as motivações do legislador ao insculpir determinadas regras e dar preferência a uma garantia constitucional em detrimento da outra, bem como compreender a influência dessa conduta no âmbito da responsabilidade civil por conteúdo gerado por terceiro.

Ao final deste trabalho buscaremos questionar se o Marco Civil – complementado por seu decreto regulamentador – é eficaz como norma reguladora das relações virtuais e é um instrumento capaz de fornecer subsídios para a resolução de conflitos envolvendo interesses igualmente importantes.

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Como já dito, o estudo em tela tem como objetivo final verificar se o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) é um mecanismo legal capaz de regular as relações virtuais e encontrar um equilíbrio quando entrarem em colisão direitos constitucionais que, por óbvio, possuem o mesmo *status* hierárquico.

Antes de tentarmos chegar a uma resposta adequada a esse questionamento, é importante estabelecer de antemão alguns conceitos jurídicos que estarão presentes de forma recorrente ao longo do trabalho, contextualizando-os no direito brasileiro.

O ordenamento jurídico brasileiro tem como fundamento último de validade a Constituição Federal de 1988. Ou seja, todas as normas infraconstitucionais, deverão estar de acordo com a Carta Magna, uma vez que é nela que se encontram os preceitos fundamentais do Estado.¹

Nesse sentido, conceituar os direitos da personalidade é de extrema importância com o intuito de verificar sua devida positivação no ordenamento, bem como nas legislações infraconstitucionais, ora estudada.

Em linhas gerais, tais direitos consistem em atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas. Eles dizem respeito àquelas características íntimas e particulares de cada sujeito, cuja valoração também é

¹KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 240.

de caráter subjetivo, uma vez que são direitos não patrimoniais, a exemplo da honra, imagem, intimidade, privacidade, nome entre outros concernentes ao aspecto subjetivo do ser humano.²

Para Luis Roberto Barroso, o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos, de que todo indivíduo é titular, generalizou-se após a Segunda Guerra Mundial e a doutrina descreve-os hoje como emanações da própria dignidade humana, funcionando como atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano.³

1.1 Breve histórico da criação desses direitos

Ao longo de todo o século XIX, especialmente a partir da Revolução Industrial, usou-se e abusou-se da liberdade. No exercício da sua preciosa “liberdade”, os trabalhadores assinavam contratos concordando em se submeter a jornadas de trabalho extenuantes, salários vergonhosos e habitações insalubres. Tudo com a chancela da ordem jurídica, que entendia que os contratos, como frutos do livre acordo de vontades, eram “justos” por definição.⁴

Os juristas não tardaram a perceber que a liberdade não era tudo. Em um cenário de desigualdade econômica e social, a liberdade dos mais fracos acabava inteiramente engolida pela liberdade dos mais fortes. Qualquer renúncia do homem aos seus direitos mais essenciais era vista como legítima porque fundada na “livre manifestação de vontade” do renunciante.

Já não bastava proteger o homem contra os desmandos do Estado. Nem parecia suficiente proteger o homem contra agressões dos seus semelhantes. Era preciso evitar que o próprio homem, premido por necessidades mais imediatas, abrisse mão dos seus direitos essenciais. Fazia-se necessário e urgente erguer barreiras contra o canibalismo da vontade. Muitos juristas passariam, então, a defender a criação de uma nova categoria que fosse capaz de assegurar, no campo do próprio direito privado, a proteção daqueles direitos imprescindíveis ao ser humano, direitos que não se limitavam a uma liberdade ilusória e vazia, direitos

² BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e a Lei de Imprensa. P.12.

³ Ibidem, p.13.

⁴ SCHREIBER Anderson, Direitos da Personalidade. 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2013, p.16

superiores à própria liberdade, direitos a salvo da vontade do seu titular, direitos indisponíveis, direitos inalienáveis, direitos inatos.

Foi no contexto histórico da segunda metade do século XIX, marcado por injustiças e revoltas, que surgiram as primeiras construções em torno dos direitos da personalidade. A expressão foi concebida por jusnaturalistas franceses e alemães para designar certos direitos inerentes ao homem, tidos como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado. Eram, já então, direitos considerados essenciais à condição humana, direitos sem os quais, a pessoa não seria mais pessoa, caso deixassem de existir.⁵

Na visão de Gustavo Tepedino, os direitos da personalidade encontram-se divididos em dois vieses:

“Estudos de relevo demonstrariam que a noção de personalidade deve ser considerada sob dois aspectos distintos. Sob o aspecto subjetivo, identifica-se com a capacidade que tem toda pessoa (física ou jurídica) de ser titular de direitos e obrigações. Sob o aspecto objetivo, contudo, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. Nesse último sentido é que se fala em direitos da personalidade.”⁶

Por muito tempo, contudo, as críticas aos direitos da personalidade minaram seu desenvolvimento. O Código Civil alemão, aprovado em 1896, não acolheu expressamente a categoria, frustrando os seus adeptos. O Código Civil brasileiro de 1916 também não trouxe qualquer menção ao assunto. A omissão gerou efeitos desastrosos. As poucas alusões aos direitos da personalidade que existiam na nossa doutrina praticamente desapareceram nas décadas seguintes. O interesse pelo tema só voltou a ser despertado a partir da segunda metade do século XX, já então com força irresistível.

5 BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7 ed., revista, atualizada e ampliada de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

6 TEPEDINO Gustavo, A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro, Temas de Direito Civil, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27

Os direitos da personalidade encontraram forte resistência em um ambiente jurídico ainda marcado pelo pensamento liberal, especialmente no campo do direito privado. Contribuiu também para isso a existência de divergências significativas entre os próprios defensores da categoria. Não havia, por exemplo, consenso sobre quais eram os direitos da personalidade.

Falava-se com frequência no direito ao próprio corpo, no direito à honra e no direito à vida, mas alguns autores acrescentavam, ainda, o direito ao nome e outros direitos. Havia mesmo quem incluísse no rol o direito à propriedade, cuja natureza patrimonial representava, para outros, a própria antítese dos direitos da personalidade. Para parte da doutrina, não havia ainda “direitos da personalidade” no plural, mas um único “direito geral da personalidade”. Os desacordos, enfim, eram muitos.

No entendimento de Anderson Schreiber, há diversas denominações para o mesmo fenômeno, qual seja, contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica que, divergem somente quanto ao plano que é abordada.

“O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa Constituição de um determinado Estado”. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional.”⁷

Como se vê, trata-se do mesmo fenômeno encarado por facetas variadas, à luz da visão do autor. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana. A maior parte dos direitos

⁷SCHREIBER. Op.cit., p.25.

da personalidade mencionados pelo Código Civil brasileiro (imagem, honra, privacidade) encontra previsão expressa no art. 5º do texto constitucional. Mesmo os que não contam com previsão explícita nesse dispositivo, por não ser um rol taxativo, são sempre referidos como consectários da dignidade humana, protegida no art. 1º, III, da Constituição. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos fundamentais.⁸

1.2 Do desafio quanto à regulação dos direitos da personalidade em consonância com a liberdade de expressão.

Não se trata, como se acreditou no passado, de aprovar um conjunto de medidas drásticas a impor rigorosa e estrita observância de condutas pré-autorizadas, reeditando a censura ou a proibição antecipada de certos comportamentos que possam ameaçar as manifestações da personalidade humana. Mais que em qualquer outra seara, a disciplina dos direitos da personalidade exige técnica legislativa fundada em cláusulas gerais que, escapando ao rigorismo de uma normativa excessivamente regulamentar, se mostre capaz de acompanhar a evolução tecnológica e científica.

Ocorre que, nesta seara, as lesões a interesses existenciais protegidos pelo ordenamento jurídico provêm de condutas que procuram também realizar outros interesses existenciais, igualmente tutelados. Observa-se que as lesões à imagem, à honra e à privacidade derivam, frequentemente, do exercício da liberdade de expressão ou de informação, e não é incomum que a dignidade humana seja invocada em lados opostos de uma mesma disputa.

Por esse motivo que não se trata, por conseguinte, de editar normas rígidas que privilegiem uma manifestação ou outra da personalidade, mas de reconhecer o conteúdo necessariamente dialético e por assim dizer mutante dos direitos da personalidade, cuja exata extensão somente pode ser medida em face do interesse com que colide.

⁸Nem todos os direitos fundamentais, contudo, são direitos da personalidade, já que o rol constitucional se propõe a assegurar proteção também a outros interesses de cunho patrimonial (v. g., direito de herança e direito de propriedade) ou de cunho coletivo (v. g., como direito de representação das entidades associativas e direito de greve) que, embora também possam encontrar relação indireta com a proteção da pessoa, não são considerados atributos essenciais à condição humana, não se qualificando, tecnicamente, como direitos da personalidade.

Como perfeitamente expõe Anderson Schreiber, após realizar uma análise da ilicitude de divulgação de uma imagem quando ela deixa de ter caráter informativo para ser abusiva, tendo apenas por finalidade divulgar a eficiência da própria fonte na colheita da notícia.

“Casos assim revelam a impossibilidade de uma regulação rígida para os direitos da personalidade, que proíba em absoluto certas condutas, ou autorize outras, sendo mais consentânea com a matéria uma atuação legislativa que, atentando menos ao aspecto estrutural dos comportamentos, e mais ao seu componente finalístico, cuide de indicar parâmetros de ponderação entre os diversos interesses tutelados. O que se espera do legislador não é que solucione, em abstrato e de modo absoluto, a questão dos direitos da personalidade, mas simplesmente que oriente o Poder Judiciário e as autoridades administrativas para um resultado último que não pode prescindir da concreta avaliação dos interesses colidentes.”⁹

Ora, ocorreu com a elaboração do atual Código Civil de 2002 metodologia oposta, que, em vez de indicar parâmetros de ponderação para hipóteses frequentes de colisão, preferiu, com raríssimas exceções, uma regulação isolada, típica e abstrata de cada um dos direitos da personalidade, estipulando soluções pré-moldadas e estáticas que procuram camuflar sob a curta roupagem normativa uma realidade grandiosa demais para ser ocultada.

No ambiente virtual não foi diferente. Com a promulgação do Marco Civil, Lei 12.965 de 2014, que regulamenta o uso da Internet, atribuiu-se demasiada importância à liberdade de expressão, como fundamento principal à disciplina civil da Internet no Brasil, em detrimento dos direitos da personalidade, mais especificamente a proteção da honra, imagem e reputação do indivíduo.¹⁰

Em um ambiente como a Internet, em que há a difundida, e errônea, ideia de não haver leis, muitos são os problemas jurídicos ali concebidos. De pornografias infantis a lesões ao consumidor, um dos conflitos mais corriqueiros nesse ambiente é o embate entre liberdade de

⁹SCHREIBER Anderson, Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002, p.5.

¹⁰ PINHEIRO, Patricia Peck: Artigo “Regulamentação da Web”- Cibersegurança, Cadernos Adenauer XV, p.17 (n.4, 2014)

expressão e os direitos de personalidade, principalmente no que se refere à honra e à imagem das pessoas. Conforme analisaremos adiante.

Indubitavelmente, a Internet trouxe muitas mudanças à organização social e à relação interpessoal. Lemos e Levy afirmaram que a Internet levaria a uma maior liberdade, maior democracia e maior circulação de informações. Segundo eles, qualquer um poderia produzir uma notícia, de modo que haveria mais informações provenientes de diversas fontes, visões e locais diferentes.¹¹

Ora, o direito à liberdade de expressão é “um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos”.¹² O conceito de liberdade de expressão compreende a liberdade que o cidadão possui de manifestar livremente suas opiniões, ideias e pensamentos. Tais liberdades foram ampliadas no meio virtual, proporcionando a emissão de informação ao passo que não se consegue mensurar que repercussão que ela terá.

A nível nacional, a liberdade de expressão e os direitos correlatos estão assegurados na Carta Cidadã de 1988 no seu artigo 5º, incisos IV, V, VI, IX, XIV, bem como em seu artigo 220. Constatase, assim, que o direito à liberdade de expressão foi elevado à hierarquia de cláusula pétrea em nossa Constituição Federal, sendo uma garantia que jamais pode ser retirada dos brasileiros por emenda constitucional.

Além disso, a liberdade de expressão está reflexamente contemplada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, pois, conforme o entendimento de Gilmar Mendes, liberdade e igualdade são dois conceitos essenciais da dignidade humana, a qual o constituinte erigiu como fundamento do Estado brasileiro.¹³

O papel da liberdade de expressão na Constituição Federal seria o de garantir aos cidadãos o que Canotilho denomina de status negativus, a não intervenção prévia do Estado em

11 LEMOS, André. LEVY, Pierre. O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010.

12 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 402.

13 Idem.

suas manifestações¹⁴. Todavia, essa liberdade não é ilimitada. A proibição de censura não obsta, porém, que o indivíduo assuma as consequências, não só cíveis, como igualmente penais, do que expressou.

É nesse sentido que tal direito colide com os direitos da personalidade, quando sua extensão é abusiva, ultrapassando os limites justos.¹⁵ Tãmanha importância desses direitos mereceu que eles fossem protegidos tanto na esfera Constitucional, quanto na Cível e Penal, por meio do artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, dos artigos 11 a 21 do Código Civil e dos crimes de calúnia, injúria e difamação do Código Penal. Uma vez assegurados na Constituição Federal, os direitos de personalidade possuem hierarquia máxima e também estão no rol de cláusulas pétreas.

A colisão entre direitos fundamentais e outros direitos é histórica, porém tem recrudescido com as mudanças da sociedade atual, “os instrumentos de comunicação e da difusão de informações suscitam problemas novos e diversos para os aspectos essenciais e constitutivos da personalidade jurídica (integridade física, moral e intelectual) exigindo do direito respostas jurídicas adequadas à proteção da pessoa humana.”¹⁶

Certamente, o principal conflito e desafio quanto à técnica de interpretação jurídica que as novas mídias tem acarretado é entre a liberdade de expressão e os direitos à honra e à imagem. Para fornecer as respostas adequadas, o direito terá de adotar novos métodos de solução de conflitos, visto que os métodos tradicionais como a subsunção têm se mostrado insuficientes para tais casos.

1.3 Método de interpretação jurídica e a técnica de ponderação

O presente estudo não tem por objeto dissecar os tipos de normas jurídicas e métodos interpretativos. Ocorre que, os intérpretes do direito formados pela tradição jurídica romano-germânica, caso do Brasil, na hipótese de se depararem com conflito entre normas, eles são

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Edições Almedina, sem ano. p. 395.

15: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

16 AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 284.

estimulados, de forma equivocada, a ver todas as normas jurídicas como regras e o juiz como mero intérprete destas.

Assim, ao se deparar com um caso concreto, caberia ao juiz buscar no ordenamento jurídico uma norma já prevista pelo legislador, e aplicá-la como regra que solucionará a lide.

Esta é a interpretação jurídica tradicional, chamada de método subsuntivo, que se consubstancia em adequar os fatos concretos a regras estabelecidas:

“Um típico operador jurídico formado na tradição romano-germânica, como é o caso brasileiro, diante de um problema que lhe caiba resolver adotará uma linha de raciocínio semelhante à que se descreve a seguir. Após examinar a situação de fato que lhe foi trazida, irá identificar no ordenamento positivo a norma que deverá reger aquela hipótese. Em seguida procederá a um tipo de raciocínio lógico, de natureza silogística, no qual a norma será a premissa maior, os fatos serão a premissa menor, e a conclusão será a consequência do enquadramento dos fatos à norma. Esse método tradicional de aplicação do direito, pelo qual se realiza a subsunção dos fatos à norma e pronuncia-se uma conclusão, denomina-se método subsuntivo.”¹⁷

De fato, há diversas regras no nosso ordenamento jurídico, que permitem a interpretação através do método subsuntivo. No entanto, tal método não acompanhou as novidades inauguradas com os Estados Democráticos de Direito, que alçaram princípios -preceitos de caráter abstrato - à categoria de normas constitucionais, com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata.

Isto porque, a interpretação tradicional transforma os operadores do direito em aplicadores estritos de regras, cabendo a eles a única tarefa de encontrar aquela capaz de solucionar o caso concreto. Na hipótese de conflitos entre regras, normas objetivas, apenas uma delas será válida e será aplicada.

¹⁷BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de Expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P.63-100.

Já as normas subjetivas, princípios que, por sua vez, não comportam tal sistemática e passaram a exigir dos intérpretes do direito, a relativização da sua aplicação de acordo com a realidade.

Diante dessa demanda, surgiu uma nova interpretação jurídica, compreendida como uma interpretação constitucional, que quer ver o direito realizando a vontade da Constituição, sem que, no entanto, o ordenamento jurídico ofereça uma resposta pronta aos conflitos propostos.¹⁸

Esta interpretação trará problemas, no entanto, quando em casos concretos estivermos diante da colisão entre duas normas de mesmo nível hierárquico, representando interesses diversos, mas valores igualmente importantes, como é o caso da celeuma já esposado no subcapítulo anterior.

Conforme expõe Luis Roberto Barroso, tais colisões tendem a se multiplicar na era moderna, basicamente devido a duas razões principais:

“Os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos - hierárquico, temporal e especialização (v. *supra*. nota I) - não são aptos como regra geral. Para a solução de colisões entre normas constitucionais, especialmente as que veiculam direitos fundamentais. Tais colisões, todavia, surgem inexoravelmente no direito constitucional contemporâneo, por razões numerosas. Duas delas são destacadas a seguir: (i) a complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levam ao abrigo da Constituição valores e interesses diversos, que eventualmente entram em choque; e (ii) sendo os direitos fundamentais expressos, freqüentemente, sob a forma de princípios, sujeitam-se, como já exposto (v. *supra*), à concorrência com outros princípios e à aplicabilidade no limite do possível, à vista de circunstâncias fáticas e jurídicas.¹⁹

18 Ibidem, p.67.

19 Ibidem, p. 68.

Nestes casos, o intérprete do direito deverá equacionar de forma cautelosa a solução para o problema, através da análise minuciosa do caso que lhe foi apresentado, não simplesmente determinando que um princípio deva prevalecer sobre o outro.

Para Edilsom Pereira Faria: “Sucedem que não há hierarquia entre os direitos fundamentais. Estes, quando se encontram em oposição entre si, não se resolve a colisão suprimindo um em favor do outro.”²⁰

Diante dessa situação foi necessário desenvolver mecanismos capazes de auxiliar os operadores de direito a encontrar a resposta mais adequada para os casos concretos que envolvem contraposição entre direitos de mesma importância, que não fossem simplesmente a “preferência” da aplicação de uma norma em detrimento da outra.

Aqui destacamos a Técnica da Ponderação. Ainda para Barroso ela consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, sobretudo quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. Tal técnica ajudará o operador de direito a decidir qual preceito constitucional deverá prevalecer no caso fático através de três etapas:

“(i) em um primeiro momento, o intérprete deverá detectar as normas constitucionais em conflito; (ii) feito isso, caberá examinar os fatos, para determinar o papel de cada uma dessas normas no caso concreto; e (iii) as normas e os fatos identificados nas duas primeiras etapas serão avaliados em conjunto, de forma a se verificar qual preceito possui maior força na situação proposta, devendo, portanto, prevalecer.”²¹

²⁰ FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* liberdade de expressão e de informação. Disponível em <http://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos008/pdf.PDF>.

²¹ BARROSO, Op. Cit., p. 72-73.

Todo esse processo possuirá como balizador o princípio instrumental da proporcionalidade – também chamado de princípio da razoabilidade ou da adequação -, além de outras normas que, ainda que não ofereçam respostas exatas, quando conjugadas, poderão guiar os operadores do direito, evitando que excessos sejam cometidos e buscando garantir-se um resultado equilibrado que atenda adequadamente ao conflito do caso concreto.

Fato é que vivenciamos uma época de cultura à liberdade de expressão, de comunicação e de informação, e entendemos igualmente a necessidade de se respeitar os direitos de personalidade de cada cidadão, neles incluídos o direito à imagem, honra e privacidade, o que não foi devidamente regulado pelo Marco Civil.

Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Porém, como regra geral, não se admitirá a ponderação da liberdade de expressão e de informação, levando-se em conta a já mencionada posição de preferência de que essas garantias gozam, ocasionando a supressão de outros direitos fundamentais.

Na visão de Barroso, é possível desenvolver um conjunto de parâmetros que se destinam a mapear o caminho a ser percorrido pelo intérprete, diante do caso concreto. São elementos que devem ser considerados na ponderação entre a liberdade de expressão e informação de um lado e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de outro.²²

Os parâmetros apurados para essa hipótese especificamente consistem: na veracidade do fato, a informação que goza de proteção constitucional é a informação verdadeira, isto é, a divulgação deliberada de uma notícia falsa em detrimento do direito da personalidade de outrem não constitui direito fundamental do emissor.²³

²² BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004, p. 1-36. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>

²³ Ibidem., p.24-26

Um segundo parâmetro é a licitude do meio empregado na obtenção da informação, o conhecimento acerca do fato que se pretende divulgar tem de ter sido obtido por meios admitidos pelo direito e ainda a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, ou seja, as pessoas que ocupam cargos públicos têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda, assim como as pessoas notórias.

Há que se falar ainda no local do fato, este ocorrido em local reservado tem proteção mais ampla do que aquele em locais públicos. A natureza do fato, há fatos que são notícia, independentemente dos personagens envolvidos, e ainda a existência de interesse público na divulgação em tese, isso significa que o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral.²⁴

Outrossim, a despeito da existência de preceitos constitucionais que regem nosso ordenamento, novas ferramentas jurídicas precisavam se desenvolver, a exemplo dos parâmetros utilizados acima, para que se possa abordar as relações inauguradas com a rede mundial de computadores, sem que ocorram abusos.

A título exemplificativo, a preferência por sanções a posteriori que não envolvam a proibição prévia da divulgação, o uso abusivo da liberdade de expressão e de informação podem ser reparados por mecanismos diversos que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta da vítima, bem como a responsabilização civil ou penal e a interdição da divulgação. Este tema especificamente será abordado em momento oportuno, quando tratarmos de responsabilidade por conteúdo gerado por terceiro.

Nesse contexto, após a realização de esforços interpretativos de um método de ponderação para a hipótese de colisão dos direitos fundamentais mencionados, passa-se à análise do Marco Civil, no próximo capítulo, e ainda será apurado se é capaz de resolver os conflitos criados pela nova tecnologia, ou de ao menos oferecer substratos para que os operadores do direito o façam.

24 Idem.

2 ADVENTO DA LEI 12.965/2014: o Marco Civil da Internet

Conforme demonstrado no capítulo anterior, o que temos presenciado com a massificação da internet é um inúmero de situações que colocam em choque direitos e garantias constitucionais de igual importância e que não faziam parte da alçada do judiciário brasileiro até poucos anos atrás.

Vivenciamos uma época de cultura à liberdade de expressão, de comunicação e de informação, e entendemos igualmente a necessidade de se respeitar os direitos de personalidade de cada cidadão, neles incluídos o direito à imagem, honra e privacidade.

Em muitas situações, esses valores – todos amparados pela Constituição Federal, na qualidade de garantias constitucionais e cláusulas pétreas elencadas em seu artigo 5º -, convivem em perfeita harmonia e não entram em rota de colisão. No entanto, a vida moderna tem nos colocado diante de tantas outras situações que colocam em confronto tais direitos e não permitem que eles convivam pacificamente.

Feita a análise preliminar de direitos e garantias constitucionais que precisam estar previstas expressamente também no âmbito virtual, passemos a analisar a dita “Constituição da Internet”, objetivando observar suas manifestações na legislação e compreender suas particularidades. Posteriormente serão demonstradas eventuais divergências existentes na legislação com a Constituição Federal de 1988 no tocante à expressão desses direitos, desenvolvida nos capítulos subsequentes.

2.1 Razões que levaram à criação da lei 12.965/14

Antes de nos aprofundarmos na análise jurídica do Marco Civil da Internet, é preciso tecer alguns breves comentários sobre a tradição de governança da internet do nosso país e sobre os motivos impulsionadores da criação da Lei 12.965/2014, que dizem muito respeito ao cerne deste estudo.

O Brasil é um país que tem sido visto como referência em governança da internet em todo o mundo. Enquanto por um lado gere repercussões negativas naqueles que ainda defendem a rede como um local que deve ser absolutamente livre e se autorregular, de outro – e possivelmente em maioria – há os partidários de uma internet livre, mas que necessita de uma mínima intervenção, dada a complexidade e a repercussão gerada nas sociedades, pelas relações advindas da rede. Aqui, compartilhamos desta segunda vertente.

O fato de serem criados mecanismos reguladores da internet não é obrigatoriamente sinônimo de censura, intervenção estatal desmedida. Muito pelo contrário, trata-se de garantir que os princípios regentes de sociedades democráticas sejam respeitados nesse ambiente que nasceu, justamente, inspirado por ideais da mesma natureza.

O Marco Civil nasceu de uma reação da sociedade civil a investidas conservadoras que avançavam no Congresso. A principal delas ganhou espaço sob a alcunha de AI-5 Digital, em alusão ao ato institucional que caracterizou a época de intensa interferência estatal na vida privada e de supressão de direitos e garantias individuais, durante a ditadura militar no Brasil. Esse Projeto de Lei nº 84 de 1999, encampado pelo senador Eduardo Azeredo, previa punição na esfera criminal para diversos atos corriqueiros do dia a dia da Internet.²⁵

Ativistas não queriam que a primeira palavra na lei brasileira sobre internet fosse penal. Grande parte da sociedade acreditava que era impossível haver uma norma tipificando crimes virtuais, sem que antes houvesse um diploma que dispusesse sobre os direitos e garantias civis dos protagonistas do ambiente virtual e que delimitasse de forma técnica, através de estudos e debates aprofundados, os conceitos que, em momento posterior, poderiam ser emprestados de forma correta por outras normas versando sobre a internet, inclusive de natureza penal.²⁶

Caso contrário, os usuários da rede estariam diante de uma situação de completa instabilidade jurídica. Além disso, uma legislação regulatória penal entrando em vigência antes de uma norma civil principiológica poderia causar um desincentivo à inovação no Brasil, ainda

25 SUPPO, Hugo Rogelio. Artigo “Internet e Democracia”-Internet e Sociedade, Cadernos Adenauer XVI (n.3, 2015) P. 19 – 43.

26, <http://www2.planalto.gov.br/noticias/2015/04/marco-civil-nova-lei-nasceu-de-um-debate-publico-e-democratico>, acesso em 05/05/2017

mais em se tratando especificamente do PL Azeredo, que carecia de exatidão técnica e dava margem para que, não só os usuários comuns, mas também quaisquer provedores de serviços de internet se tornassem criminosos, sem ter qualquer certeza sobre seus direitos e deveres.

Conforme expõe o professor Ronaldo Lemos, ele acredita que, para inovar um país precisa ter regras civis claras, que permitam segurança e previsibilidade nas iniciativas feitas na rede (como investimentos, empresas, arquivos, bancos de dados, serviços etc.). As regras penais devem ser criadas a partir da experiência das regras civis, de acordo com ele.²⁷

Dessa forma, superados estes primeiros momentos de discussão, junto ao CGI – Governança Democrática e Colaborativa, organismo multissetorial responsável por integrar todas as iniciativas de uso e desenvolvimento da Internet no Brasil – deu-se início ao projeto colaborativo de construção do Marco Civil.

O Ministério da Justiça e a Fundação Getúlio Vargas disponibilizaram uma plataforma no site do Ministério da Cultura, em que a sociedade comum poderia debater as diretrizes do novo Marco, com intuito de abrir aos internautas a chance de opinar sobre a lei e propostas de alteração do texto, conforme exposto pelo relator da proposta de criação, deputado Alessandro Molon,²⁸ o que resultou na elaboração da primeira minuta do anteprojeto da Lei²⁹.

Essa minuta foi então submetida novamente a debates públicos, que se encerraram em 30 de maio de 2010. Após diversos balanços advindos desses debates, no dia 21 de agosto de 2011, o Poder Executivo apresentou o projeto de Lei 2126/2011, que estabelecia os “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet”.

Em 2012, o relator apresentou seu parecer sobre o projeto, que foi apoiado por unanimidade pelo CGI.³⁰ Além disso, o projeto contou com o apoio de sumidades da internet,

²⁷ LEMOS, Ronaldo. Artigo “Internet brasileira precisa de marco regulatório civil”- <http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>

²⁸ MOLON, Alessandro. Artigo “A legislação e a internet: ideias, desafios e avanços com o Marco Civil da Internet”- Internet e Sociedade, Cadernos Adenauer XVI (n.3, 2015)

²⁹ <http://culturadigital.br/marcocivil/files/2010/04/MINUTA-DE-ANTEPROJETO-DE-MARCO-CIVIL-DA-INTERNET-PARA-DEBATE-COLABORATIVO.pdf>, acesso em 15/03/2017.

³⁰ <https://www.cgi.br/publicacao/o-cgi-br-e-o-marco-civil-da-internet>, acesso em 20/03/2017.

tendo o criador da *World Wide Web* (*www*), Berners-Lee, declarado que “o Brasil está à frente dos demais países porque a proposta parte da perspectiva de direitos humanos”.³¹

No entanto, vale ressaltar que tramitação do projeto no Congresso ficou parado por mais de um ano, quando em julho de 2013, após o mundo tomar conhecimento sobre as políticas de vigilância dos Estados Unidos, por meio da Agência de Segurança Nacional Americana - NSA, que estaria inclusive monitorando comunicações dos brasileiros, em uma afronta direta à privacidade dos cidadãos, a ex-presidente Dilma Rousseff solicitou que as discussões sobre o Marco Civil da Internet retomassem imediatamente.

Após calorosos debates, diversas propostas de emendas ao Projeto, principalmente pelo Senado, e opiniões divergentes sobre seu conteúdo e a necessidade de que o relator do projeto consolidasse a versão final da lei, o Marco Civil foi finalmente sancionado pela ex-presidente da república, no dia 23/04/2014.

Passado o período de vacância, a Lei 12.965/2014 entrou em vigor no dia 23/06/2016, regulamentada pelo Decreto Lei 8.711/2016, com a proposta de funcionar como uma verdadeira Constituição da Internet, estabelecendo os direitos, deveres e garantias dos usuários da rede, procurando-se respeitar os valores insculpidos em nossa Carta Magna, ao mesmo tempo em que os adaptando às questões despertadas pela era da tecnologia.

A Lei 12.965/14 conta com trinta e dois artigos, divididos em cinco capítulos: Disposições preliminares; Dos direitos e garantias dos usuários; Da provisão de conexão e aplicações da Internet; Da atuação do poder público; e Disposições Finais. Apesar de tamanho apoio, a lei ainda divide opiniões.

Enquanto a grande maioria da comunidade parece apoiá-la, alguns mostram-se contra, justamente pela tamanha liberdade que o Marco Civil traz à internet, tirando certa responsabilidade de atos cometidos pelos usuários e provedores de serviços.

³¹<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/05/28/aos-20-anos-da-web-brasil-discute-marco-legal>, acesso em 04/05/2017.

De acordo com a lei, provedores de serviços (exemplos: Youtube e Facebook) não teriam qualquer responsabilidade sobre o conteúdo que está sendo postado por seus usuários, e não poderiam retirar o conteúdo – até mesmo ofensivo – sem uma ordem judicial, pois tal atitude é vista como uma violação da liberdade de expressão.

A Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal entendeu que o Marco Civil é inconstitucional e contradiz a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, porque "concede ao direito à liberdade de expressão na rede mundial de computadores um valor absoluto, maior a todos os outros, negando, com isto, existência de outros direitos fundamentais previstos na Constituição", ficando comprometidos "os direitos à segurança, o de resposta e indenização por dano moral, material e à imagem", bem como "a vedação do anonimato e inviolabilidade da honra e imagem das pessoas"³²

Em suma, o advento do Marco Civil da Internet está relacionado a diversos fatores e necessidades, mas os dois principais motivos que levaram à materialização das discussões sobre o diploma – projeto de Lei Azeredo e invasão aos dados dos cidadãos brasileiros pela NSA– estão intrinsecamente relacionados à mesma problemática: o desrespeito a direitos fundamentais, nestes casos representados principalmente pelo direito à privacidade, e a necessidade da criação de diploma legal capaz de assegurar sua proteção de forma equilibrada com as características e interesses próprios da era digital.³³

Demonstrado em linhas gerais os motivos que levaram à criação do Marco Civil e como se deu este processo de criação, a partir de agora analisaremos criticamente o diploma legal como norma reguladora propriamente dita.

2.2 Principais fundamentos e princípios da Lei

Como já ressaltado em diversas oportunidades ao longo deste trabalho, a criação de um Marco Civil da Internet se deu para regular as relações inauguradas pela rede, sempre em

³² <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/07/delegados-da-policia-federal-dizem-que-marco-civil-e-inconstitucional.html>, acesso em 22/03/2017.

³³ <http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>, acesso em 21/03/2017.

respeito à expressão máxima do ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal, traduzida por seus princípios e regras.

Para tanto, o Marco Civil expõe em suas disposições preliminares, entre os artigos 2º e 5º, seus próprios fundamentos, princípios e objetivos, que deixam clara a intenção de que o diploma legal seja uma projeção da nossa Carta Magna para o mundo digital. Parte destas normas que devem reger o uso da internet e nortear a aplicação do marco regulatório pelos operadores do direito reproduzem integralmente as normas de caráter subjetivo da nossa Constituição.

Outras são novidades trazidas pelas demandas da era digital, mas que, quando analisadas a fundo, possuem evidente inspiração constitucional. A Exposição dos Motivos do Marco Civil da Internet³⁴, assim dispõe sobre estas normas de caráter subjetivo:

“No primeiro capítulo são indicados os fundamentos, princípios e objetivos do marco civil da internet, além da definição de conceitos e de regras de interpretação. Entre os fundamentos, enumeram-se elementos da realidade jurídica do uso da Internet que servem de pressupostos para a proposta. Por sua vez, entre os princípios figuram os pontos norteadores que devem sempre informar a aplicação do direito em relação à matéria. Já no âmbito dos objetivos, apontam-se as finalidades a serem perseguidas de forma permanente, não apenas pelo Estado, mas por toda a sociedade.”

Iniciando-se pelos fundamentos do Marco Civil, veremos que a liberdade de expressão é o fundamento maior da Lei, seguida por outros fundamentos que também deverão calcar o uso da internet no Brasil. Estes fundamentos encontram-se elencados no artigo 2º da Lei, conforme se depreende de sua leitura:

Art. 2º - A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

I – o reconhecimento da escala mundial da rede;

³⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm, acesso em 06/04/2017.

- II – os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III – a pluralidade e a diversidade;
- IV – a abertura e a colaboração;
- V – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor;
- e VI – a finalidade social da rede.

A preferência pela liberdade de expressão como fundamento primeiro do marco regulatório era de se esperar, já que a rede é percebida como forma e meio de expressão livre do pensamento humano, e o objetivo é que o ambiente virtual permaneça com esta característica.

Parece também que o legislador quis atribuir maior destaque à liberdade de expressão, como forma de abrandar os ânimos daqueles que eram contra um marco regulatório, pois acreditavam que este poderia tolher tal direito fundamental que encontrou na internet uma garantia para seu exercício da maneira mais ampla e democrática já vista.

Os princípios norteadores da Lei estão insculpidos em seu artigo 3º, da seguinte maneira:

- Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
- I – a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II – proteção da privacidade;
 - III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV – preservação e garantia da neutralidade da rede;
 - V – preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
 - VI – responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
 - VII – preservação da natureza participativa da rede;
 - VIII – liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta lei.

Parágrafo único. Os princípios estabelecidos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Como se pode ver, o rol de princípios é exemplificativo, podendo a disciplina do uso da internet se pautar em outras normas do mesmo caráter, presentes no ordenamento jurídico brasileiro³⁵. Além disso, os princípios do Marco Civil se pautam em três grandes eixos: a) garantia à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento (inciso I), b) garantia à privacidade (incisos II e III), e c) garantia ao acesso à internet (incisos IV, VI, VII e VIII).

Finalmente, até os princípios que não reproduziram explicitamente princípios constitucionais (a exemplo do que ocorreu com os incisos I e II), possuem fundamentação constitucional.

Princípios como neutralidade da rede e preservação da natureza participativa da rede, compatibilizam-se com o direito ao acesso à informação insculpido no artigo 5º, XIV da nossa Lei Maior. A liberdade dos modelos de negócios na internet, por sua vez, traduz-se na primeira parte do inciso XVII, do mesmo art. 5º, que garante a liberdade de contratar.

Por fim, o penúltimo artigo das disposições preliminares da Lei, especifica quais são os objetivos da disciplina do uso da internet no Brasil:

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

I – do direito de acesso à internet a todos;

II – do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;

III – da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e

IV – da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

35 Isto, inclusive, será muitas vezes imperativo, pois o dispositivo foi silente em relação a princípios e garantias que versam sobre matérias muito afins ao mundo virtual, a exemplo do direito fundamental à propriedade intelectual, tratado pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXVII, XXVIII, XXIX.

Estes são, em linhas gerais, os fundamentos, princípios e objetivos que devem reger a disciplina do uso da internet no Brasil e as ferramentas que o legislador forneceu aos operadores de direito para, diante de casos concretos envolvendo situações novas, encontrar soluções não previstas de forma específica pelo ordenamento jurídico.

2.2.1. As cinco manifestações do princípio da liberdade de expressão na Lei

Como se pode observar quanto à manifestação da liberdade de expressão na legislação, esta é visualizada repetidas vezes. A disciplina do uso da Internet no Brasil tem a liberdade de expressão como o seu fundamento, conforme dispõe o artigo 2º. Logo em seguida, no artigo 3º, a sua garantia aparece como princípio dessa mesma disciplina. O artigo 8º, por sua vez, afirma que a proteção da liberdade de expressão é condição para o pleno exercício do direito de acesso à rede.

No que diz respeito aos danos causados na Internet e a consequente responsabilização de seus agentes, a liberdade de expressão desempenha ainda dois papéis. O caput do artigo 19, que estabelece a regra para responsabilização dos provedores de aplicações de Internet, é iniciado com a expressão “com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura.”³⁶

E, com relação aos danos causados aos direitos autorais na Internet, o Marco Civil, no parágrafo segundo do mesmo artigo 19, afirma ainda que a aplicação do regime de responsabilização por ele determinado depende de previsão legal específica que conte com o princípio expressamente em questão.

A Lei do Marco Civil da Internet, antes de proteger possíveis vítimas na Internet, agarra-se a conceitos importantes, não há dúvidas, como a liberdade de expressão e de informação, mas que em conflito com a necessidade de proteção às pessoas, devem ceder, tendo em vista o fundamento principal do Direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana.

36SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: In: Newton De Lucca; Adalberto Simão Filho; Cíntia Rosa Pereira de Lima. Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 377-408.

A determinação legislativa da responsabilidade subsidiária dos provedores de conteúdo, como ainda veremos, enfraquece sobremaneira a proteção à honra, à privacidade e a já citada dignidade dos que sofrem danos oriundos de postagens ofensivas na internet, em prol da vedação à censura.

Para o pesquisador Marcelo Thompson, o Marco Civil estabelece um regime de tutela da liberdade de expressão fundado na dinâmica da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, conferindo-lhe proteção superior àquela dada a outros direitos da personalidade. Para ele, é um profundo paradoxo, mas o Marco *Civil* não protege os direitos da personalidade de natureza civil.³⁷

E ainda, reitera o professor Guilherme Martins que, colisões entre a liberdade de expressão e o direito à honra são, em geral, hard cases, de modo que o Marco Civil, ao veladamente separar direitos da personalidade em grupos distintos, e, na prática, neutralizar a honra, a vida privada e direitos da criança e do adolescente, cria demarcações irrazoáveis e incompatíveis com as possibilidades democráticas do mundo contemporâneo.³⁸

Outrossim, a supervalorização desse princípio se dá em um contexto que, para alguns pensadores, como o Schreiber³⁹, não torna o público da internet como um efetivo interlocutor, mas representa, muitas vezes, mero certificador instrumental da existência do emissor da mensagem e da sua própria capacidade de “publicar” sua opinião.

Parece inegável que a comunicação virtual assume frequentemente um caráter autocêntrico, que acaba por conduzir, em muitos casos, a radicalizações e extremismos. No cenário brasileiro, por exemplo, não se pode desconsiderar o amplo volume de manifestações ofensivas (incluindo xingamentos e outras deselegâncias) que povoa as redes sociais. Nem se deve ignorar o papel da comunicação virtual na extremização dos embates. Nas palavras de

37 THOMPSON, Marcelo, Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil. Revista de Direito Administrativo. Vol.261. p.203. Rio de Janeiro

38 MARTINS, Guilherme, Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet. Revista dos Tribunais. 2ª edição. P.325.

39 SCHREIBER, Anderson, Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso. P.3

Francis Jauréguiberry, “os outros são procurados com o único propósito de atestar, estimular e bajular os eus virtuais dos internautas”.⁴⁰

E ainda, na visão de Pierre Lévy, o ciberespaço, interconexão dos computadores do planeta, tende a tornar-se a principal infra-estrutura de produção, transação e gerenciamento econômicos. Será em breve o principal equipamento coletivo internacional da memória, pensamento e comunicação. Em resumo, em algumas dezenas de anos, o ciberespaço, suas comunidades virtuais, suas reservas de imagens, suas simulações interativas, sua irresistível proliferação de textos e de signos, será o mediador essencial da inteligência coletiva da humanidade.⁴¹

Ao considerar tais fragmentos de pensadores, entendemos melhor a abrangência que o princípio da liberdade de expressão tem na Internet, sendo visto usualmente como um aliado dela. A capacidade da Internet de “amplificar” o alcance das manifestações individuais é frequentemente apontada como um estímulo à livre circulação das ideias. As redes sociais, por exemplo, estariam, no dizer de muitos teóricos da tecnologia, criando um novo espaço público, onde a livre manifestação das opiniões tenderia a alcançar níveis jamais alcançados.

Desse modo, valores democráticos vão se deturpando, como alerta Thomas Frank, “a política se torna basicamente um exercício de autoterapia individual, uma realização individual, não um esforço voltado à construção de um movimento”.⁴² A tecnologia que prometia intensificar a democracia periga se converter em mecanismo de preservação do status quo. Vislumbra-se o risco daquilo que Zygmunt Bauman denomina uma “dispensa honrosa da política do real”:

“Os servidores engolem e armazenam as marcas de dissensão e protesto para que a política líquido-moderna possa ir em frente sem sofrer influências nem interrupções – substituindo o confronto e a argumentação por frases descontextualizadas e oportunidades para fotos. (...) quando a discordância

⁴⁰ Francis Jauréguiberry, *Hypermodernité et manipulation de soi*, in Nicole Auber (org.), *L’individu hypermoderne*, Toulouse: Érès, 2004, pp. 155-168, apud SCHREIBER, Op. Cit., p.4.

⁴¹ LÉVY Pierre, *Cibercultura*, São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 167

⁴² Thomas Frank, *Le Marché de Droit Divin*, Paris: Lux, 2004, apud BAUMAN Zygmunt, *Vida para Consumo- A Transformação das Pessoas em Mercadorias*, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.138.

viaja em direção a armazéns eletrônicos, ela é esterilizada, neutralizada e tornada irrelevante (...) A política real e a política virtual correm em direções opostas, e a distância entre ambas cresce na proporção em que a autossuficiência de cada uma se beneficia da ausência da companhia da outra.»⁴³

Conforme perfeitamente explicitado por Anderson Schreiber, o problema não se resume, contudo, a uma ausência de efetividade concreta da propalada liberdade de expressão no universo virtual, mas atinge a própria essência da liberdade de expressão, na medida em que as novas formas de comunicação na internet, se aparentemente incentivam o exercício dessa liberdade, em cada vez maior medida também a oprimem. Não há aqui um paradoxo. O extremismo e o radicalismo – fruto do caráter individualista que vem se ampliando nesses novos ambientes comunicativos – descambam, não raro, para agressões verbais, rotulações estigmatizantes e discursos de ódio que se espalham pela rede.

A ideia de que a internet é um espaço de máxima liberdade – imune, por sua ausência de base geográfica, a controles normativos ou governamentais – contribui, em certa medida, para novas formas de opressão, como o bullying virtual e o chamado online hate speech, revelando o que tem sido chamado de “dark side” das redes sociais: seu crescente papel na propagação do ódio.⁴⁴

Diante dessas novas formas de opressão, há quem se conforme, dizendo que a internet é assim mesmo; quem quiser que se mantenha distante do mundo virtual. A abstinência virtual, todavia, não representa uma alternativa concreta para as novas gerações, que não se limitam a utilizar as redes sociais para fins de dileção, mas que precisam acessá-las também para obtenção de utilidades que transcendem o lazer, como, por exemplo, ter acesso a avisos de representantes de turma em escolas e faculdades ou, ainda, a dados de eventos voltados ao público jovem, que, muitas vezes, são divulgados exclusivamente via redes sociais.

A abstinência virtual não é uma solução satisfatória, na medida em que, embora menos violenta que as agressões virtuais, representa igualmente uma forma de exclusão nos parâmetros

43 BAUMAN, Op. Cit., p.139-140.

44 SCHREIBER Op. Cit., p.5

do contexto atual e, portanto, de aniquilamento da liberdade de expressão, dentre outras liberdades.

Ainda, sob a ótica do entendimento de Schreiber, o único caminho, portanto, é a aplicação de normas que assegurem que a liberdade de expressão não seja exercida em desfavor de si própria. Como já se disse no passado em relação à liberdade de contratar, também a liberdade de expressão é “autofágica”, no sentido de que, em qualquer ambiente em que haja desigualdade de forças, a liberdade de expressão do mais forte tende a subjugar a liberdade de expressão do mais fraco.⁴⁵

Em cenários desiguais, a ausência de normas não costuma resultar em maior liberdade, mas, ao contrário, em mera aparência de liberdade, na medida em que a omissão normativa beneficia tão-somente aqueles que, detendo maior poderio econômico e técnico, se veem, finalmente, livres para perseguir seus interesses sem precisar respeitar regras instituídas no interesse da sociedade como um todo.

É válido enfatizar que o debate acerca da manifestação da liberdade na legislação embrionária da Internet é extremamente relevante, eis que somente em um ambiente devidamente normatizado é que o exercício da liberdade pode ocorrer sem o receio dos abusos que representam a sua própria negação.

Manter a Internet longe do Direito significa dizer entrega-la ao comando do mercado, ou seja, seu desenvolvimento deixará de ser guiado pelas normas jurídicas para navegar ao sabor dos interesses das grandes indústrias, o que seguramente não corresponde à visão de futuro, daqueles que propugnam a mais absoluta liberdade na rede.

2.2.2 A vedação ao anonimato e o Marco Civil

Embora a livre manifestação de pensamento esteja diversas vezes tutelada pela Constituição, há em contrapartida a expressa proibição ao anonimato, e que é ampla. Ou seja, se insere em todos os modos de comunicação, inclusive na Internet. É notório que a liberdade

45 Ibidem. p. 6-7

de expressão deve ser limitada, conforme preceitos da Constituição Federal, no artigo 5º, IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

A Constituição da República através do art. 220, quando prescreve que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. E nos parágrafos 1.º e 2.º deste artigo, esclarece que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XII I e XIV”, e que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”, respectivamente.

Dessa forma, são encontradas limitações, observadas nos incisos supracitados, que tratam respectivamente, de assuntos que limitam a liberdade de expressão: proibição do anonimato (IV), direito de resposta e a indenização por danos moral e patrimonial e à imagem (V), inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (X), exigência de qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação (XIII) e direito de acesso à informação (XIV).

Nesse sentido, o doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco observa que há permissão pela Constituição de que haja interferência legislativa para regular cada um desses limites à liberdade de expressão, ou melhor, para exigir que essas limitações sejam coercitivamente observadas por aquele que exercita seu direito de expressão.⁴⁶

Essa capacidade de o legislador ordinário utilizar seu poder legiferante com o fito de preservar outros valores relevantes, impondo restrição à liberdade de expressão é justificada por Branco do seguinte modo:

“Isso porque não são apenas aqueles bens jurídicos mencionados expressamente pelo constituinte (como a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem) que operam como limites à liberdade de expressão. Qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, reclamando sopesamento, para que, atendendo ao critério da

46 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet ; COELHO, Inocêncio Mártires ; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 435.

proporcionalidade, descubra-se, em cada grupo de casos, qual princípio deve sobrelevar” (2008, p. 410).⁴⁷

Em outras palavras, a liberdade de expressão deve ser analisada em consonância com outros direitos fundamentais. Um deles é o direito de resposta; outro é o direito de indenização pelos danos morais e materiais sofridos no caso de violações de imagem, honra, intimidade ou privacidade.

Esse é um dos motivos pelos quais a Constituição veda o anonimato com relação à livre manifestação do pensamento: numa sociedade democrática, a liberdade de expressão gera também um dever de responsabilidade com relação à manifestação emitida, na medida em que esta fira direitos fundamentais de terceiros.

A vedação ao anonimato tem por fundamento evitar a impossibilidade da identificação de eventuais responsáveis por violação de direitos de terceiros, estando também essa identificação submetida à proteção de garantias constitucionais. Nenhum direito é absoluto, até mesmo os direitos havidos como fundamentais encontram limites explícitos e implícitos no texto das constituições.

Ocorre que, dispensável a análise de questões técnicas de identificação pela Internet, atualmente os mecanismos existentes na internet, que permitam que o usuário seja identificado corretamente, são escassos. Parece que o Direito e conseqüentemente os tribunais não conseguiram acompanhar a evolução percebida com um mínimo necessário de atenção.

A Internet não foi desenvolvida com o pensamento de que haveria a necessidade de se identificar quem estivesse fazendo uso desta, principalmente por que os inventores, americanos, estão protegidos pelo direito constitucional do anonimato, conforme a Primeira Emenda à Constituição dos EUA.

O direito pátrio é antagônico nesse sentido, sendo obrigatória a correta identificação do usuário que deseja fazer uso da expressão e de seus pensamentos. Assim, necessário se faz que

47 BRANCO, *Ibidem*, p. 410.

meios apropriados sejam utilizados para a correta identificação dos usuários, algo que o armazenamento dos endereços utilizados por estes se mostra insuficiente, medida na qual, aliás, só fará aumentar a impunidade, pois raramente se conseguirá punir o responsável pelo cometimento de atos abusivos.

Não há legislação específica sobre a questão de identificação e armazenamento de dados de acesso referente aos usuários da internet, recai sobre o Poder Judiciário a questão da defesa dos princípios e direitos constitucionais.

Embora não haja norma própria no âmbito virtual, fato é que o anonimato foi proibido constitucionalmente, pois assim entenderam os legisladores que mesmo exercendo a liberdade de expressão, seu autor deveria ser plenamente conhecido, pois, já que não existe a censura, aqueles que se sentem prejudicados de alguma forma têm que dispor de meios necessários para buscar a tutela jurisdicional, protegendo seus interesses e preservando a justiça.

Ademais, a constatada e intensa propagação da liberdade de expressão na legislação, ela será novamente criticada quando se falar em regime de responsabilidade civil por ato de terceiros no Marco Civil da Internet que visa a assegurar que a liberdade de expressão não sofra restrições e, dessa forma, compromete todo o sistema de responsabilização, como será visto.

2.3. Temas específicos da legislação

Passada a análise das disposições preliminares do Marco Civil da Internet, iremos agora nos ater ao estudo de como as normas de caráter subjetivo do diploma legal foram incorporadas ao texto de forma mais objetiva.

Como já mencionado, o Marco Civil é uma Lei de natureza principiológica, que tem como principal objetivo nortear as futuras leis que versarem sobre internet, além de oferecer mecanismos para guiar a tomada de decisões sobre a matéria pelo Poder Judiciário.

No entanto, o legislador já se adiantou em relação à regulação de alguns pontos específicos no próprio diploma legal. Isso se deu pela urgência em uniformizar os

entendimentos sobre temas que vinham sendo objeto de calorosos debates e que apresentavam grande divergência de opiniões.

Como já dito, a doutrina convencionou separar esses pontos em três grandes eixos de estudo, o que também faremos aqui. São eles: neutralidade da rede, privacidade na guarda de dados dos usuários e liberdade de expressão na responsabilização dos provedores de internet.

Os dois primeiros temas foram posteriormente complementados pelo DL 8.711/2016, que regulamenta o Marco Civil, ao passo em que buscou-se esgotar o terceiro tema no próprio diploma regulatório, este último será abordado criticamente em momento posterior. E ainda, ficará oportunamente demonstrado um ponto que está pendente de regulamentação.

2.3.1. Neutralidade da rede

O primeiro grande tema tratado pelo marco regulatório diz respeito à neutralidade da rede, conceito que surgiu com a popularização das telecomunicações, mas ainda muito difícil de ser definido com exatidão e que demanda grandes esforços dos operadores do direito para ser compreendido, em vista de suas características técnicas que fogem do escopo de estudo a que estamos habituados.

Aqui, adotaremos a definição dada por Pedro Henrique Soares Ramos⁴⁸ o qual salienta que a neutralidade da rede é um princípio de arquitetura de rede que endereça aos provedores de acesso o dever de tratar os pacotes de dados que trafegam em suas redes de forma isonômica, não os discriminando em razão de seu conteúdo de origem.

A arquitetura da internet, mencionada pelo autor citado, pressupõe a existência de uma relação vertical estabelecida entre provedores de conexão e provedores de aplicação. Os provedores de conexão desempenham um papel de controladores da rede, já que são eles os responsáveis por distribuir os dados que darão acesso às aplicações de conteúdo.

Assim, há a necessidade da existência de um mecanismo capaz de delimitar o alcance desse controle, para que ele não seja exercido de forma a beneficiar interesses específicos. É

48 LEITE, George Salomão e LEMOS, Ronaldo (Coords.). Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014. P. 166.

desse raciocínio que surge o princípio da neutralidade da rede, insculpido no inciso IV do artigo 3º do Marco Civil e regulado pelo artigo 9º do mesmo diploma, onde se lê:

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no [inciso IV do art. 84 da Constituição Federal](#), para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e

II - priorização de serviços de emergência.

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve:

I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do [art. 927 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil](#);

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e

IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

§ 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo. (grifamos)

O que este dispositivo visa coibir é o tratamento diferenciado de dados pelos provedores de conexão, movido por interesses econômicos, políticos, ou de qualquer outra natureza, que não técnicos ou éticos. Esta previsão mostra mais uma vez a influência de princípios do CGI⁴⁹ que, como já visto, assim sugeria:

49 <http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>, acesso em 20/04/2017

6. Neutralidade da rede:

Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento.

O Marco Civil garante a neutralidade da rede e a isonomia no tratamento dos pacotes de dados, assegurando a não distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação. O assunto foi um dos principais temas de discussão dentro do texto aprovado.

Trata-se de uma garantia forte, mas que ainda está passível de regulamentação pelo poder Executivo, já que estão previstas eventuais discriminações de tráfego decorrentes de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações, além da priorização de serviços de emergência.

Nesse sentido, as maiores controvérsias estão na definição de até onde o tratamento isonômico dos dados vai. A priorização de serviços de emergência é garantida, mas também abre-se margem para exploração de modelos de negócios que deverão ser regulamentados e restringidos.

A título exemplificativo, o portal artigo 19⁵⁰ destaca um caso de ocorrência de violação ao princípio em questão:

“Multa a operadora por violação de princípios, dentre eles a neutralidade na rede. A condenação em julho de 2014 foi motivada pelo serviço Navegador disponibilizado aos consumidores do Velox, produto de banda larga da Oi. As investigações começaram por iniciativa do próprio Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) do Ministério da Justiça, que recebeu informações de que a parceria da Oi com a empresa britânica Phorm consistia no desenvolvimento do software que mapeava o tráfego de dados do consumidor na internet de modo a compor seu perfil de navegação e, com isso, redirecionar o tráfego de informações. O serviço violou, portanto, o princípio

50 <http://artigo19.org/wp-content/uploads/2015/01/an%C3%A1lise-marco-civil-final.pdf>, acesso em 03/05/2017

de neutralidade da rede. A tecnologia do Navegador redireciona o tráfego do consumidor na internet e filtra seus dados, de modo a compor seu perfil de navegação, contrariando padrões da rede. O princípio da neutralidade da rede determina que todas as informações disponíveis na internet devem ser tratadas da mesma forma, além de trafegar na mesma velocidade, de forma a garantir livre acesso a todos os tipos de informação. A criação de perfis de navegação enviesando o acesso limita as opções do usuário e cria uma hierarquização entre as informações da rede, o que contraria o princípio, além de violar a privacidade do assinante.”

O tema é o primeiro assunto prático que nos faz enfrentar a necessidade de ponderação de interesses: de um lado, o direito à livre concorrência, do outro, a garantia à liberdade em variados aspectos.

Quanto à livre concorrência, aqueles que se posicionaram contra a neutralidade da rede, defendem que os provedores de conexão e de aplicação devem ser livres para contratar entre si, oferecer os serviços da forma como lhes aprouver, etc.

Os que se manifestaram a favor da neutralidade da rede defendem a liberdade nas mais diversas modalidades: (i) a liberdade da rede em si, mantendo-se um ambiente democrático; (ii) a liberdade de o usuário poder escolher de acordo com suas vontades e necessidades, não por consequência de uma imposição disfarçada e (iii) a liberdade de expressão e comunicação, já que deve ser direito dos usuários se conectar com qualquer outra pessoa, conteúdo ou aplicação.⁵¹

Nesta balança, temos de um lado interesses de alguns particulares e de outros interesses da sociedade em geral – aqui incluídos todos os usuários da rede e os provedores de aplicação de menor porte. Não é difícil realizar grandes esforços para determinar quais deverão prevalecer.

51 Idem.

Em que pese o legislador ter acertado por priorizar o caráter aberto e livre da internet, e a liberdade de seus usuários, em detrimento de interesses específicos, ele deixou diversos pontos sobre a neutralidade para posterior regulamentação, conforme já dito e que fica claro da leitura do parágrafo 1º do artigo 9º do Marco Civil, destacado acima. Embora a neutralidade seja consagrada como um princípio, suas exceções ficam sujeitas a regulamentação pelo Executivo.

Tais questões foram tratadas pelo recém editado Decreto Lei 8711/2016, entre seus artigos 3º e 10, e estabeleceu em que ocasiões poderá haver tratamento diferenciado no tráfego de dados e na distribuição de conteúdo pelos provedores de conexão⁵².

De todo modo, muitos são os desafios impostos pela regulamentação deste tema, até porque trata-se de um princípio que visa quebrar uma prática tão comum, antes não regulamentada, por parte dos provedores de conexão.

2.3.2. Privacidade na guarda de dados dos usuários

Passemos agora ao segundo tema regulado pelo diploma legal em estudo, que diz respeito à proteção de dados de natureza particular.

⁵²Art. 6º Para a adequada prestação de serviços e aplicações na internet, é permitido o gerenciamento de redes com o objetivo de preservar sua estabilidade, segurança e funcionalidade, utilizando-se apenas de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais, desenvolvidos para o bom funcionamento da internet, e observados os parâmetros regulatórios expedidos pela Anatel e consideradas as diretrizes estabelecidas pelo CGIbr.

Art. 8º A degradação ou a discriminação decorrente da priorização de serviços de emergência somente poderá decorrer de:

I - comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência, ou comunicação entre eles, conforme previsto na regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel; ou

II - comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública.

Art. 7º O responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento deverá adotar medidas de transparência para explicitar ao usuário os motivos do gerenciamento que implique a discriminação ou a degradação de que trata o art. 4º, tais como: (...)

Art. 9º Ficam vedadas condutas unilaterais ou acordos entre o responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento e os provedores de aplicação que:

I - comprometam o caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, os princípios e os objetivos do uso da internet no País;

II - priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais; ou

III - privilegiem aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico.

Este tema vem regulado pelo Marco Civil entre seus artigos 10 e 17 na seção intitulada “da proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas”.

Um dos maiores objetivos do legislador ao regular tal ponto, foi o de estabelecer como os provedores de internet e conexão devem proceder com a guarda de dados de seus usuários, a fim de contribuírem com as autoridades na identificação dos usuários que cometam ilícitos na internet.

Antes do advento do Marco Civil, diversas eram as questões sem resposta relativas aos limites dos provedores na guarda de dados de seus usuários, o que, na ausência de regras específicas, gerou um número de decisões judiciais controversas versando sobre tais limites.

Não se sabia se os provedores de conexão e de aplicação deveriam guardar os dados dos internautas e se sim, por quanto tempo. Não se sabia quais dados deveriam ser guardados e como deveria ser assegurado o sigilo a eles, ou de que forma e quem possuiria legitimidade para acessá-los. A insegurança jurídica neste ponto específico era latente.

A Lei 12.965/2014 procurou trazer respostas a estes questionamentos, tentando basear-se no respeito dos direitos de personalidade dos usuários da rede, conforme se depreende da leitura do artigo que inaugura o tema na Lei:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

Em nossa opinião, entretanto, o diploma não conseguiu respeitar tais direitos. Isso porque, em relação à guarda de dados de registro de conexão e registro de aplicação⁵³, o Marco

53 Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados; VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

Civil adotou o regime de retenção de dados, caracterizado pela obrigação da guarda dos dados dos usuários pelos provedores de internet, a partir do momento em que estes acessam a rede ou uma aplicação específica.

Tal regime pode ser apurado da leitura dos artigos 13 e 15 do Marco:

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Desde o instante em que o internauta acessa a internet, seus dados estão sendo retidos pelos provedores responsáveis pela conexão e pela aplicação, e ficarão guardados pelos prazos de um ano e seis meses, respectivamente.

Entendemos que esta foi uma postura abusiva do legislador, que traduziu um Estado vigilantista e que não respeita a privacidade dos indivíduos. Nas palavras de Marcel Leonardi⁵⁴ “implica tratar todos os usuários da internet como suspeitos da prática de atos ilícitos, com sérias implicações à sua privacidade.”.

Deveria se ter adotado o regime da preservação de dados dos usuários, regime oficialmente utilizado pela maior parte dos países democráticos e que determina que, apenas a partir de decisão judicial, poderão os provedores de internet guardar os dados de seus usuários para fins de investigação.

54 ARTESE, Gustavo (coord.) Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2015. Pag. 282.

Nesse sentido, ainda segundo Marcel Leonardi⁵⁵:

“Insista-se portanto, que, para a proteção da privacidade do usuário o modelo de preservação de dados é mais adequado. Isso porque, nesse modelo, a guarda de registros apenas é realizada a partir do momento em que há uma denúncia ou se constata uma suspeita da ocorrência de crime ou de prática do ato ilícito, iniciando-se então o processo de investigação somente contra os possíveis usuários envolvidos, sem implicações para os direitos dos demais usuários de um determinado serviço. Com isso, torna-se possível combater ilícitos e crimes online sem violar normas constitucionais nem afetar direitos fundamentais dos cidadãos, atendendo assim ao necessário sopesamento entre princípios e à regra da proporcionalidade.”

Este ponto da norma certamente ainda será alvo de amplos debates e sofre sérios riscos de ser modificado futuramente, até porque, do ponto de vista da nossa Lei Maior, há sérias dúvidas se estes dispositivos são constitucionais, já que violam a privacidade de forma absolutamente desproporcional.

Superada esta crítica, passemos à forma com que o legislador determinou que o acesso aos dados privados ocorrerá. De acordo com os parágrafos do artigo 10 supramencionado, a disponibilização de dados se dará somente mediante ordem judicial:

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

55 ARTESE, Op. Cit., p.283

Há ainda dois pontos relevantes da regulação sobre o tema que merecem ser ao menos citados e que não estão unicamente atrelado à questão da apuração de ilícitos.

O Marco Civil estabeleceu que todas as ações envolvendo coleta, tratamento e guarda de dados de usuários da internet que ocorrerem em território brasileiro, ainda que por meio de empresa estrangeira, estarão submetidas à legislação pátria:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

A eficácia deste artigo é questionável, ainda mais se pensarmos em provedores estrangeiros de pequeno porte, cuja localização e o contato pelas autoridades brasileiras seja difícil.

Além disso, até mesmo provedores de grande expressão, mesmo após a redação desta norma, continuam a afirmar não estarem submetidos à legislação brasileira por não possuírem sede no Brasil.

Exemplo disso foram as alegações feitas pelo Whatsapp Inc., que a despeito de estar submetida ao Facebook, que possui escritório no país, afirmou não estar submetido às leis brasileiras por não ter representação nacional, em caso onde se determinou o fornecimento de dados pessoais de um de seus usuários através de ordem judicial.

Também sob a ótica do direito internacional, este dispositivo gera discussões, já que a prática até o momento era a de se buscar atender às demandas que pudessem necessitar de dados mantidos por empresa estrangeira através de cartas rogatórias, mecanismo de cooperação internacional não célere para o âmbito virtual, respeitando-se a legislação de cada país.

O último ponto que merece destaque, e sob a nossa perspectiva é o único ponto relacionado ao tema em tela onde o legislador acertou totalmente, diz respeito à transparência com que o provedor deve se portar em relação a seus usuários sobre a forma com que tratará, coletará e armazenará seus dados:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...)

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

- a) justifiquem sua coleta;
- b) não sejam vedadas pela legislação; e
- c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; (...)

Aqui buscou-se garantir que o usuário da internet saiba exatamente a forma com que as informações que fornecerá aos provedores será tratada, evitando-se surpresas negativas após a contratação de serviços de internet. Limitou-se a liberdade dos provedores que muitas vezes incluíam cláusulas abusivas em seus “termos e condições”, que passavam despercebidas pelos usuários.

Finalmente, importante dizer que a proteção a registros, dados e comunicação dos usuários da rede também sofreu regulamentação pelo Decreto Lei 8.711/2016, entre seus artigos 11 e 16.

Esta regulamentação versou principalmente sobre os aspectos técnicos do tratamento de dados pessoais pelos provedores, como forma de garantir ao mesmo tempo a facilidade de obtenção e compreensão dos mesmos pelo poder Judiciário e a segurança das informações que são armazenadas pelos prestadores de serviço.

O objetivo deste nosso ponto estava longe de querer esgotar o tema do tratamento dos dados dos usuários da internet, como muitas outras questões abordadas por este trabalho, este é mais um tema que pode ser objeto de estudo específico.

No entanto, o que tentou se demonstrar é que mesmo tratando-se de uma norma reguladora, é capaz de ser vacilante em alguns aspectos, e que o legislador, neste ponto específico não foi bem sucedido ao tentar resguardar a privacidade dos usuários da rede.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DA INTERNET:

Avanço ou Retrocesso?

A terceira matéria regulada pelo Marco Civil da Internet diz respeito à responsabilidade civil⁵⁶ do provedor de internet. A escolha deste ponto para ser objeto de análise mais específica e crítica, em capítulo próprio, é explicada pelo fato de se tratar do tema que, do nosso ponto de vista, colocou em embate de forma mais evidente garantias constitucionais de mesma importância: a liberdade de expressão de um lado e a privacidade do outro.

Nesse contexto, o Marco Civil ofereceu algumas ferramentas para que o intérprete do direito possa decidir de forma mais confortável e fundamentada os casos concretos que se apresentarem a ele, envolvendo a necessidade de ponderação entre interesses de igual valor.

Quando vimos que o fundamento máximo do Marco Civil é a liberdade de expressão, o legislador nos deu um indicativo de que ela, via de regra, deverá preponderar sobre outros princípios e garantias constitucionais.

Assim também entenderam Fabiana Siviero e Guilherme Cardoso Sanchez:⁵⁷

⁵⁶ A responsabilidade civil pressupõe a violação de um dever jurídico, que pode acarretar danos de natureza moral ou material para outrem, criando um novo dever jurídico, o da reparação do dano causado. Este dano pode advir de um inadimplemento contratual (responsabilidade civil contratual) ou surgir independente de relação contratual pré-estabelecida, quando o agente causador do dano, descumpra a lei, infringindo direitos de um terceiro (responsabilidade civil extracontratual).

De acordo com o nosso Código Civil, o agente causador do dano, via de regra, só poderá ser responsabilizado pela violação do dever jurídico quando agir mediante dolo ou culpa, ou seja, deverá estar presente o elemento subjetivo, que é a vontade do agente, de forma intencional ou não, de causar o dano. Esta regra, da responsabilidade civil subjetiva, está insculpida no artigo 186 do CC/02 onde se lê “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e no caput do artigo 927 do mesmo diploma legal que diz: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”.

No entanto, há uma exceção à regra da responsabilidade civil subjetiva em nosso ordenamento, que determina que o agente causador do dano poderá ser responsabilizado independentemente de ter agido com culpa, desde que haja relação entre o dano sofrido e o ato do agente causador. Trata-se da responsabilidade civil objetiva, tratada pelo parágrafo único do mesmo artigo 927 do Código Civil, da seguinte forma: “Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”.

Estes dois conceitos: responsabilidade civil subjetiva e objetiva terão grande valor quando avançarmos na análise do regime de responsabilidade civil de provedores de internet eleito pelo legislador no Marco Civil.

⁵⁷ ARTESE, Op. Cit.. Pag. 163.

“Boa ou ruim, bem ou mal intencionada, útil ou não, a manifestação do cidadão por meio desses canais plurais é por essência livre na sua origem e acontece geralmente sem a interferência ou controle prévio das empresas detentoras dos sites e/ou do poder público. E assim é que deve ser. Em um ambiente democrático e pautado pela liberdade, como garante nossa Constituição, não deve haver qualquer tipo de censura ou controle prévio, por parte de quem quer que seja, da circulação de ideias e da livre expressão. Bem por isso, doutrina e jurisprudência têm sustentado o caráter preponderante do princípio da liberdade de expressão quando colocado em conflito com outras garantias fundamentais.”

No entanto, é importante frisar que estamos falando de um caráter preponderante do direito de expressão, que não por isso é absoluto. Ou seja, em caso de aparente colisão entre a liberdade de expressão e outra garantia constitucional de igual importância, como um direito de personalidade por exemplo, buscar-se-á ponderar as garantias no momento inicial, para depois, eventualmente, apurar aquela que deverá prevalecer.

Embora o legislador tenha deixado fortes indícios, através das suas disposições preliminares, de que este é o entendimento que deverá ser adotado pelos aplicadores do direito, como dito no início do capítulo, em uma situação específica optou-se por privilegiar de maneira objetiva, através de regras materializadas no corpo do Marco Civil, a liberdade de expressão em detrimento dos direitos de personalidade.

3.1 O regime de responsabilidade adotado pelo Marco Civil da Internet

Esta é a situação aqui estudada e que concerne à responsabilidade dos provedores de aplicações⁵⁸ que hospedam conteúdo publicado por terceiros, e é tratada pelo diploma legal entre os artigos 18 e 21, na seção intitulada “da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

⁵⁸Lei 12.965/2016 - Art. 5º Para os efeitos desta lei, considera-se: VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet

Trata-se dos casos em que conteúdo supostamente ofensivo a direitos alheios é publicado por alguém em uma plataforma que serve como mera hospedeira de informação, sem que seus responsáveis realizem qualquer juízo de valor sobre aquilo que é veiculado pelos usuários.

Nessas plataformas, tais como: redes sociais como Facebook e Instagram, sites de venda como Mercado Livre e Ebay, sites de vídeos como Youtube, os usuários geralmente se cadastram de forma gratuita ou onerosa e, feito isso, estão livres para postar aquilo que lhes convier, sejam suas opiniões sobre determinados assuntos, fotos, vídeos, produtos para venda, e tudo mais que for suportado e oferecido pela plataforma do provedor de aplicação.

A possibilidade de o usuário da internet se portar dessa forma no ambiente virtual traduz muito bem aquilo a que a internet se propõe a ser: um ambiente livre nos mais variados aspectos, incluindo em relação à livre expressão.

O grande questionamento que surge com esta suposta liberdade desmedida diz respeito às situações em que os usuários divulgam conteúdos ofensivos a direitos alheios, que passam a ser acessíveis a inúmeras pessoas, gerando danos morais e/ou materiais para o ofendido.

Aqui, estamos nos reportando a diversos cenários possíveis: a divulgação de imagens de pessoas de forma não autorizada, a veiculação de textos com caráter ofensivo à honra de um indivíduo, a disponibilização de cópias digitais de um livro sem autorização de seu autor, etc.

Nos casos em que isso for feito através de uma plataforma disponibilizada por um provedor de aplicação, qual será a responsabilidade deste provedor perante o terceiro que teve seus direitos violados?

O Marco Civil da Internet foi bem objetivo nesse sentido, ao determinar que o provedor de aplicação não será responsabilizado civilmente por conteúdo gerado por terceiros, salvo nos casos em que houver ordem judicial específica para a retirada deste conteúdo e o provedor, possuindo meios técnicos para cumpri-la, se abster de fazê-lo.

Esta regra está insculpida no caput do artigo 19, onde se lê:

Art. 19 Com o intuito 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 contrato.

Ao fazermos um estudo mais analítico do dispositivo em tela, observamos que há três razões por trás dessa regra, são elas: a necessidade de se consolidar a jurisprudência em um mesmo sentido, diante da existência de decisões divergentes sobre a responsabilidade de provedores até então; a preocupação em se evitar a censura; e o incentivo à participação na internet e ao desenvolvimento da tecnologia no Brasil.

Em que pesem as justificativas, apontadas acima, que motivaram o legislador a optar pelo regime de responsabilidade subsidiária do provedor, faremos uma análise crítica indagando se esta seria de fato a melhor forma de responsabilizar o causador do dano ao usuário no ambiente virtual.

3.1.1. Uniformização jurisprudencial

Muitas vezes a lei surge para regular temas dos quais os fatos sociais e os conflitos deles decorrentes já estão postos no convívio interpessoal, demandando soluções perante o Poder Judiciário, pois quando o legislador se omite, não regulando situações dignas de tutela, os vazios precisam ser preenchidos pelo juiz, que não pode negar proteção nem deixar de assegurar direitos diante da ausência de lei⁵⁹.

59 Segundo Maria Helena Diniz (2009: 110), o fato de não haver previsão legal para situações específicas não significa inexistência de direito à tutela. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática.

Com o Marco Civil da Internet, aqui analisado – ressalte-se mais uma vez, apenas no que tange ao conteúdo gerado por terceiros e a responsabilidade dos provedores, não foi diferente. Por isso, torna-se necessária uma apreciação da forma como o tema vinha sendo tratado até a elaboração da legislação específica, com vistas a identificar eventuais retrocessos.

Ora, era pacífico nos Tribunais brasileiros o entendimento de que o provedor possuía, sim, responsabilidade pelos danos causados, sendo esta responsabilidade solidária a do usuário que divulgou o conteúdo ofensivo, conforme se observa dos trechos extraídos de algumas decisões, *in verbis*:

“Não há como prosperar a preliminar alegada pela recorrente, pois o prestador de serviço de um site de relacionamento que permite a publicação de mensagens na internet, sem que haja um efetivo controle, ainda que mínimo, ou dispositivos de segurança para evitar que conteúdos agressivos sejam veiculados, sem ao menos possibilitar a identificação do responsável pela publicação, **deve responsabilizar-se pelos riscos inerentes a tal empreendimento**”⁶⁰.

“(…) ao ser comunicado de que determinada mensagem possui conteúdo ilícito, está o provedor obrigado a retirar imediatamente o conteúdo ofensivo, sob pena de, por omissão, **responder solidariamente com o autor direto do dano**”⁶¹.

60 Supremo Tribunal Federal. Google – redes sociais – sites de relacionamento – publicação de mensagens na internet – conteúdo ofensivo – responsabilidade civil do provedor – danos morais – indenização – colisão entre liberdade de expressão e de informação vs. Direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Repercussão geral reconhecida pelo plenário virtual desta corte. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo nº 66086/MG. Google Brasil Internet LTDA e Aliandra Cleide Vieira. Relator: ministro Luiz Fux. Decisão em 22/03/2012. Publicado em 07/11/2012. Repercussão geral reconhecida.

61 Supremo Tribunal Federal. Civil. Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos. Inadmissibilidade. Incidência da súmula n. 7/STJ. Danos morais. Redução da indenização. Inviabilidade. Razoabilidade na fixação do *quantum*. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Decisão mantida. 1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem incursão no contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ. 2. No caso concreto, a análise das razões apresentadas pela recorrente quanto à ausência de responsabilidade civil e à inexistência de comprovação do dano moral demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial. 3. Somente em hipóteses excepcionais, quando o valor da indenização por danos morais arbitrado na origem se distancia dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do óbice da referida súmula para possibilitar a revisão, hipótese não verificada no caso. 4. A incidência

“Haverá responsabilidade subjetiva do provedor de busca, quando: I) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, **passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide;** II) não manter um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, **a fim de coibir o anonimato**”⁶².

Pela análise das decisões é possível perceber que, tendo sido disponibilizado conteúdo ofensivo e o provedor informado que tal publicação atinge a honra, a dignidade ou que, exclusivamente, se trata de conteúdo particular divulgado sem autorização, o Poder Judiciário vinha decidindo que era responsabilidade do provedor retirar o conteúdo do ar, em prazos determinados pelos juízos, que variavam, em regra, de 24 a 72 horas. Caso isso não ocorresse,

da referida súmula também obsta o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, consoante a jurisprudência desta Corte. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo Regimental no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 431.271 - RJ (2013/0378014-3). Google Brasil Internet LTDA e Carla Angelo Devecchi. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Acórdão em 22/04/2014. Decisão mantida.

62 Supremo Tribunal Federal. Recurso especial. Agravo regimental. Direito eletrônico e responsabilidade civil. Danos morais. Provedor de busca na internet sem controle prévio de conteúdo. Mensagem ofensiva. Responsabilidade subjetiva não caracterizada. Súmula 7/STJ. Não incidência. Agravo desprovido. 1. Este Tribunal Superior, por seus precedentes, já se manifestou no sentido de que: I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas em site por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor de busca na internet, que não realiza controle prévio de conteúdo inserido e disponibilizado por usuários, pelo que não se lhe aplica a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia dos conteúdos postados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor de mera busca. 2. Haverá responsabilidade subjetiva do provedor de busca, quando: I) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; II) não manter um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato. 3. O fornecimento do registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio satisfatório de identificação de usuários. 4. Na hipótese, o Tribunal local não delinea fato algum acerca de possível notificação extrajudicial ou judicial comunicando o ilícito ao provedor e de conduta omissiva deste a ensejar a configuração de sua responsabilidade subjetiva. 5. Diante do panorama fático-jurídico delineado pela instância ordinária, a conclusão pela reforma do v. acórdão recorrido, afastando-se a condenação por danos morais, não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 6. Agravo regimental não provido. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1395768 / RJ. Elma Eni dos Santos e Google Brasil Internet LTDA. Relator: Ministro Raul Araújo. Acórdão em 22/04/2014. Publicado em 22/05/2014. Agravo regimental não provido.

o provedor seria responsabilizado, solidariamente ao usuário responsável pela inserção do conteúdo, pelos danos causados ao ofendido.

Aqui se encontra um dos cerne da presente discussão. O capítulo da nova lei traz, em seus artigos, determinações em sentidos absolutamente opostos ao entendimento que, historicamente, vinha sendo empregado pelo Poder Judiciário brasileiro⁶³.

Tem-se, então, uma completa divergência quanto ao que vinha sendo aplicado pelo Poder Judiciário brasileiro com a redação da Lei do Marco Civil da Internet. A partir da leitura de seus artigos é possível afirmar que os provedores de internet não serão responsabilizados civilmente e que somente terão obrigação de retirar do ar conteúdo que possa estar ferindo a honra e a dignidade de outrem, mediante ordem judicial.

Não se pode esquecer, conforme já debatido em capítulo anterior que a dignidade da pessoa humana e honra configuram valores relevantíssimos no Direito Brasileiro, insertos dentre os direitos da personalidade, ou seja, aqueles inerentes ao homem, como pessoa, e a ele ligado de forma perpétua e permanente.

Se a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental contido na Constituição da República, considerado cláusula pétrea, tal como a honra e a imagem, é, portanto, direito fundamental devendo preponderar em detrimento de outros considerados menos relevantes. Deste ponto de vista, é irrazoável condicionar a uma ordem judicial expressa para tal, a retirada de conteúdo ofensivo e, somente caso assim não aja, responsabilizar o provedor.

Em outras palavras, haveriam três entendimentos divergentes, anteriores ao advento do Marco Civil, sendo aplicados em proporção similar por nossas cortes a respeito da responsabilidade dos provedores por conteúdo impróprio dos usuários de suas plataformas, são

63 É relevante destacar que, na ausência de lei específica, o Poder Judiciário seguia a orientação do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, importante regra a respeito da teoria da interpretação: "na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum". Os dois conceitos vagos nele contido estão delimitados, minimamente, pelos princípios contidos no texto constitucional, não dependendo de noção arbitrária de qualquer magistrado.

eles: a sua não responsabilização pela conduta dos usuários do serviço; a sua responsabilização civil objetiva⁶⁴; e a sua responsabilização civil subjetiva⁶⁵.

O primeiro entendimento sustenta que o provedor é um mero intermediário entre o usuário e a suposta vítima, não existindo qualquer motivo capaz de atrair a responsabilidade da infração ao prestador do serviço.

Os aplicadores de direito que compartilhavam deste argumento, via de regra, utilizam-no para justificar a exclusão do provedor de aplicação do polo passivo da lide. Abaixo, um julgado que ilustra este entendimento:⁶⁶

Civil – Dano Moral – Internet – Matéria ofensiva à honra inserida em página virtual – Ação movida pelo ofendido em face do titular desta e do provedor hospedeiro – Corresponsabilidade – Não caracterização - Contrato de hospedagem – Extensão – Pertinência subjetiva quanto ao provedor – Ausência – Sentença que impõe condenação solidária – Reforma.

Em contrato de hospedagem de página na Internet, ao provedor incumbe abrir ao assinante o espaço virtual de inserção na rede, não lhe competindo interferir na composição da página e seu conteúdo, ressalvada a hipótese de flagrante ilegalidade. O sistema jurídico brasileiro atual não preconiza a responsabilidade civil do provedor hospedeiro, solidária ou objetiva, por danos morais decorrentes da inserção pelo assinante, em sua página virtual, de matéria ofensiva à honra de terceiro.

O segundo entendimento, e este, seria o mais descabido, sustenta que o provedor de aplicação deve ser responsabilizado objetivamente pelo conteúdo ofensivo publicado por terceiro, ou seja, para os adeptos desta vertente, o simples fato do usuário de uma aplicação se utilizar desta para veicular conteúdo impróprio, seria suficiente para o provedor ser responsabilizado.

64 Vide parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e nota 46.

65 Vide artigos 196 e 927 do Código Civil e nota 46.

66 TJ/PR, Apelação Cível nº 130075-8, j. 19.11.2002.

Esta tese, embora tenha prevalecido em diversas situações, foi desconstruída pelo STJ. Sobre a suposta atividade de risco do provedor de aplicação, assim entendeu o Tribunal:

O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário, não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade civil objetiva prevista no art. 927, parágrafo único do CC/02.⁶⁷

O mesmo julgado também descaracterizou o entendimento que sustentava haver defeito do serviço prestado pelo provedor ao consumidor, quando o usuário do serviço publicava conteúdo ilícito em sua plataforma:

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.⁶⁸

O terceiro e último entendimento, é da vertente de que o provedor de aplicação pode ser responsabilizado subjetivamente pelo conteúdo do usuário. Ou seja, se derem conhecimento ao provedor de que aquele conteúdo está infringindo direitos de terceiro e este não tomar atitudes tendentes a retirá-lo de sua plataforma, a partir daí ele poderá ser responsabilizado pelo dano ocorrido. Esta, do nosso ponto de vista, é a melhor opção.

A grande questão deste entendimento é que não se sabia a partir de que momento o provedor passaria a ser responsabilizado solidariamente pela infração. Bastaria uma simples notificação por parte do titular do direito infringido? Ou o “conhecimento” só se formalizaria a partir de decisão judicial ordenando a supressão do conteúdo ilícito?

67 STJ, REsp 13088830, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 08.05.2012. Mesmo sentido: STJ, REsp 1306066/MT, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 71.04.2012.

68 STJ, REsp 1308830/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 08.05.2010. Mesmo sentido: STJ, REsp 1316921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.06.2012.

A jurisprudência foi vacilante durante muito tempo nesse sentido, definindo, em casos da mesma natureza, momentos diferentes que iniciariam a solidariedade da responsabilização, o que gerou um cenário de incerteza jurídica aos provedores.

No entanto, os julgados mais recentes do STJ, anteriores ao advento do Marco Civil da Internet, tenderam a adotar o posicionamento de que a responsabilização subjetiva poderia se iniciar a partir do momento que o provedor de aplicação tomasse conhecimento do conteúdo ilícito por meio de notificação extrajudicial⁶⁹:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. REGISTRO DE NÚMERO DO IP. DANO MORAL. NÃO RETIRADA EM TEMPO RAZOÁVEL.

1. Na linha dos precedentes desta Corte, o provedor de conteúdo de internet não responde objetivamente pelo conteúdo inerente à sua atividade. Está obrigado, no entanto, a retirar imediatamente o conteúdo moralmente ofensivo, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano. Precedentes.
2. No caso dos autos o Tribunal de origem entendeu que não houve a imediata exclusão do perfil fraudulento, porque a Recorrida, por mais de uma vez, denunciou a ilegalidade perpetrada mediante os meios eletrônicos disponibilizados para esse fim pelo próprio provedor, sem obter qualquer resultado.
3. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Confira-se, nesse sentido, a tônica dada à matéria pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios

⁶⁹ Este é o sistema aplicado nos Estados Unidos, denominado “*notice and take down*”, onde o provedor deve retirar o conteúdo ofensivo da rede após ser notificado extrajudicialmente pela suposta vítima da infração.

internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais comezinhos da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual.”⁷⁰

Embora o Marco Civil tenha adotado este terceiro entendimento, da responsabilidade civil subjetiva do provedor, fixou que esta responsabilização só irá ocorrer se, após ordem judicial, o conteúdo não for retirado da plataforma hospedeira, afastando a possibilidade de responsabilização nos casos em que o prestador de serviços for apenas notificado extrajudicialmente.

Sobre o tema, escreveu Carlos Affonso Pereira de Souza⁷¹, jurista estudioso na área:

“Sendo assim, o Marco Civil da Internet, como visto, opta pelo entendimento de que a responsabilidade dos provedores de aplicações de internet deve ser de natureza subjetiva e assim está em consonância com a linha jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, dentro do entendimento pela responsabilidade subjetiva existem sutilezas cruciais para o desempenho das funções atuais da internet e de seus agentes e, nesse particular, o Marco Civil se divorcia do rumo adotado pelo STJ e determina a responsabilização dos provedores não pela ciência gerada por mera notificação da vítima, mas sim pelo eventual descumprimento de ordem judicial.”

70 STJ, Recurso Especial 1.117.633/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 9.3.2010. A situação, note-se, é análoga ao que já ocorre fora do mundo virtual, na prestação de serviços que podem ser manipulados por terceiros para gerar danos a usuários, como no caso da inscrição nos serviços de proteção ao crédito por dívida contratada com documentação falsa, hipótese que o STJ já decidiu recair dentro da esfera de responsabilidade da instituição financeira contratante, ainda que só tardiamente venha tal instituição a ter conhecimento da falsificação documental: “Tem-se tornado fato corriqueiro a ação de pessoas inescrupulosas especializadas na contratação de cartões de crédito com o CPF de pessoas já falecidas. Esses estelionatários utilizam-se do número do CPF de pessoa falecida para adquirir um cartão de crédito e utilizá-lo até a sua suspensão pelo inadimplemento de faturas. (...) A administradora de cartão de crédito, que normalmente celebra seus contratos via telefone ou internet, sem exigir a presença física do consumidor usuário do cartão de crédito, só toma conhecimento da fraude quando deflagra os procedimentos de cobrança extrajudicial. A jurisprudência desta Corte é tranquila no sentido de que o apontamento indevido do nome de consumidores em órgãos de proteção ao crédito produz danos morais, gerando obrigação de indenizar por quem procede à inscrição.” (STJ, Recurso Especial 1.209.474/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 10.9.2013).

71 SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet. Consultor jurídico. Publicado em 23 de janeiro de 2017, 6h02. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudoterceiro-internet>

O momento escolhido pelo legislador, que motivou a redação do artigo 19 do diploma legal, não foi o ideal e não foi por acaso, conforme será debatido no próximo tópico.

3.1.2 A importação da teoria do notice and takedown

A responsabilidade civil por veiculação na internet de conteúdo gerado por terceiros era tema que despertava intensos debates nos tribunais brasileiros anteriormente à promulgação do Marco Civil da Internet, como visto acima. Enquanto vítimas de conteúdo inverídico ou difamatório buscavam reparação, sociedades empresariais proprietárias de redes sociais e sites de relacionamentos sustentavam que não podiam ser responsabilizadas por conteúdo inserido por outros usuários, sob o argumento de que lhes seria impossível monitorar todo o material inserido em seus sites.

Embora o quadro jurisprudencial fosse, ainda, muito diversificado e não se pudesse falar em posições unânimes ou consolidadas, o exame das decisões judiciais brasileiras revelavam uma firme marcha rumo à superação da tese da irresponsabilidade das sociedades empresariais proprietárias de redes sociais e sites de relacionamento.

Mesmo os entendimentos que prestigiavam a dificuldade técnica de monitoramento prévio do conteúdo postado nas redes sociais, não concluíam, em sua maioria, pela irresponsabilidade das empresas, mas sim por uma espécie de responsabilidade condicionada, deflagrada tão-somente a partir do momento em que, comunicada da existência do material lesivo, deixava de adotar providências para retirar o referido material.

Por essa via transversa, começou a adentrar a realidade brasileira a chamada teoria do *notice and takedown*. A referida teoria nasce no campo do direito autoral, para criar uma espécie de exceção à responsabilidade por violação de direitos autorais na internet, assegurando imunidade aos provedores que atendessem prontamente à notificação do ofendido para a retirada do material impróprio. Com a notificação, o controvertido dever geral de monitoramento permanente da rede transforma-se em uma obrigação específica de agir, que

não poderia mais ser afastada pelo argumento da inviabilidade prática de monitoramento e que, se atendida, isentaria o notificado de responsabilidade civil.⁷²

Na visão de Schreiber, a importação da teoria do *notice and takedown* representaria, sob certo ângulo, uma fissão no sistema brasileiro de responsabilidade civil. O responsável somente seria considerado como tal se, após comunicado, deixasse de agir para impedir a perpetuação do dano. Tratar-se-ia de uma espécie de responsabilidade civil *ex post*, posterior ao início da produção do dano, voltada a impedir que o dano se propagasse. É evidente que, na prática, tal importação significaria que o dano sofrido pela vítima durante o período anterior à notificação permaneceria sem ressarcimento (ou somente poderia ser ressarcido pelo terceiro gerador do conteúdo, quase sempre anônimo ou, mesmo quando identificado, não localizável ou incapaz – jurídica ou economicamente – de arcar com indenização ou tecnicamente inapto a adotar alguma outra medida apta a mitigar os efeitos da lesão sofrida pela vítima).⁷³

O *notice and takedown* estabeleceria, nesse sentido, uma espécie de “imunidade” do proprietário do site até o momento da notificação, deixando sem reparação, ao menos, uma parte do dano sofrido pela vítima,⁷⁴ o que poderia suscitar alegações de afronta ao princípio da reparação integral.

Ocorre que os efeitos práticos da importação se mostram promissores. A imunidade prometida estimularia, ao menos em tese, uma atuação mais proativa dos proprietários de redes sociais, que teriam, no momento da notificação, a oportunidade de avaliar o conteúdo postado pelo terceiro e decidir se seria ou não o caso de adotar medidas para sua retirada do site (a exemplo do que a maioria de tais empresas já faz em relação a pornografia infantil), contribuindo para um ambiente virtual mais sadio, respeitador dos direitos fundamentais do ser

72 O *Digital Millenium Copyright Act* regulamenta minuciosamente, em seu Título II (denominado ele próprio como *Online Copyright Infringement Liability Limitation*), o procedimento de notificação e contra-notificação, além de providências que devem ser seguidas pelos provedores para fazerem jus à limitação de responsabilidade. Ver especialmente a *section 202*, que traz substancial modificação ao §512 do Capítulo 5 do Título 17 do *United States Code*, compilação das normas federais de caráter geral e permanente.

73 SCHREIBER, Marco civil... Op. cit. p.10

74 Confira-se, sobre esse aspecto em particular, voto vencedor em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual se afirmou que a doutrina do *notice and takedown* desvia-se da tradição jurídica brasileira, para a qual “o dano acontece no momento da publicação, não valendo a tese do douto voto vencido de que a parte autora deveria primeiro pedir a retirada da página, pois essa simples providência não ilide o prejuízo já sofrido, inexistindo em nosso Direito fato ilícito não indenizável” (TJRJ, Apelação Cível 2008.001.56760, Rel. Des. Otávio Rodrigues, j. 3.12.2008).

humano, sem a necessidade de impor à vítima o recurso ao Poder Judiciário, que, além de custoso, requer tempo incompatível com a rápida difusão do conteúdo ofensivo pelo mundo virtual.

Em matéria de tutela dos direitos fundamentais à honra, à privacidade e à imagem da pessoa humana, o argumento de cercear a liberdade de expressão é menos convincente, na maior parte dos casos concretos que envolvem divulgação não-autorizada de imagens íntimas, mensagens discriminatórias, incitações ao ódio, xingamentos grosseiros e outras situações em que o exercício da liberdade de expressão revela-se nitidamente abusivo.

O que se esperava do Poder Legislativo, nesse momento crucial, é que atuasse de maneira isenta e eficiente, detalhando o funcionamento do *notice and takedown* que, quando adotado por um ordenamento jurídico, deve conter contracautelas para evitar sua utilização abusiva e garantir seu funcionamento de modo a criar um efetivo mecanismo de solução de conflitos para a internet no Brasil. Infelizmente, o que acabou ocorrendo foi justamente o contrário.

Nesse sentido, Schreiber reitera “Em vez de disciplinar o *notice and takedown*, instituindo garantias recíprocas e assegurando a eficiência do seu funcionamento, a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 – conhecida como Marco Civil da Internet –, estabeleceu um mecanismo extremamente engessado, que cria uma proteção intensa para as sociedades empresárias que exploram redes sociais e reduz o grau de proteção que já vinha sendo fixado pela jurisprudência.

”⁷⁵

Ainda com base em seu entendimento, que por ora aderimos ao raciocínio da temática, oportuno o destaque da passagem a seguir⁷⁶:

“Sob o prisma da técnica jurídica, tem-se uma deturpação profunda do mecanismo do *notice and takedown*, que acaba por remeter os conflitos de volta ao já abarrotado Poder Judiciário, afastando-se de tal modo daquele instituto que não se consegue compreender como os especialistas em direito

75 Ibidem., p.12

76 Idem.

à internet continuam a falar em incorporação da matéria pelo Marco Civil da Internet. Para o art. 19, nem basta a *notice*, nem levará ao *takedown* porque o que o dispositivo faz é criar ressalvas e embaraços ao efetivo cumprimento da ordem judicial. A norma assegura às vítimas de danos menos do que elas já tinham pelo sistema geral de responsabilidade civil e engessa a tutela dos direitos fundamentais, retrocedendo em relação ao que os tribunais já vinham concluindo nesse campo.”

A pergunta que resta é a seguinte: com todos os seus defeitos, o art. 19 do Marco Civil da Internet é apenas uma norma ruim ou é inconstitucional? A discussão não é simples sob o ponto de vista técnico-jurídico, mas um exame aprofundado conduzirá a eventuais respostas.

3.2 Inconstitucionalidade do Art.19 do Marco Civil da Internet: Violação à garantia constitucional de reparação plena e integral por danos à honra, privacidade e imagem (CF, art. 5º, X).

De antemão, destacamos que, em se tratando de conteúdo lesivo a direitos fundamentais do ser humano, o art. 19 da Lei 12.965 viola a Constituição da República por condicionar a reparação dos danos daí derivados à propositura de ação judicial e à emissão de ordem judicial específica. O texto constitucional assegura a plena e integral reparação de danos morais ou patrimoniais decorrentes da violação à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas humanas, em seu art. 5º, inciso X:

“Art. 5º. (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

Assim, o estabelecimento pelo legislador infraconstitucional de qualquer condicionante à tutela desses direitos fundamentais não pode ser admitida. Ao condicionar a reparação do dano decorrente de violações que podem atingir a honra, a privacidade e a imagem da pessoa humana ao prévio ajuizamento de demanda judicial, o art. 19 da Lei 12.965 afronta o art. 5º, X, da Constituição da República.

O contra-argumento de que a condicionante se aplica apenas às empresas proprietárias de sites e redes sociais, conservando a vítima o direito de pleitear reparação perante o terceiro que divulga inicialmente o conteúdo, é quase ficcional, na medida em que, como já destacado, a própria identificação do terceiro depende da atuação das referidas empresas e, mesmo quando ocorre a identificação, a chance de obtenção da reparação não apenas é reduzida por circunstâncias recorrentes no ambiente virtual (ausência de identificação da localização do indivíduo, insuficiência patrimonial do usuário etc.), mas também acaba se limitando a indenizações em dinheiro, quando aquelas empresas contam com meios técnicos bem mais eficazes para evitar a propagação do dano (supressão do conteúdo lesivo, desidentificação da vítima etc.).

Pode-se, todavia, acrescentar a esse fundamento, um segundo que seria a exigência de prévio ajuizamento de ação judicial e emissão de ordem judicial específica como requisitos para a responsabilização afrontam, de certo modo, também o inciso XXXV do art. 5^o,⁷⁷ na medida em que a garantia de acesso ao Judiciário, em leitura substancial, consiste em direito da vítima, nunca em dever. Ao impor o recurso ao Judiciário como condição imprescindível à reparação do dano sofrido, o art. 19 da Lei 12.965 deturpa o sentido do art. 5^o, XXXV, afrontando-o em sua dimensão substancial.

Um terceiro fundamento seria a afronta ao princípio da vedação ao retrocesso, violado pelo dispositivo. Na medida em que, ao condicionar a tutela de tais direitos ao recebimento de “ordem judicial específica”, retrocede em relação ao grau de proteção que já era assegurado pela jurisprudência brasileira, que vinha considerando os réus responsáveis por tais danos se deixassem de agir após comunicação de qualquer espécie (extrajudicial, portanto, e inclusive por meio eletrônico).

E ainda, a diminuição do grau de proteção dos direitos fundamentais encontra obstáculo também na referida vedação de retrocesso, noção já amplamente desenvolvida no campo do

77 “Art. 5^o. (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Direito Público⁷⁸, mas que é também aplicável ao Direito Privado, especialmente na experiência jurídica brasileira que se desprende progressivamente da arcaica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado para encontrar na máxima realização dos valores constitucionais o norte reunificador do seu sistema jurídico.⁷⁹

No tocante ao §2º do art. 19 da Lei, cria-se uma exceção à regra do *caput*, determinando que a aplicação da norma de proteção dos provedores – que determina a limitação da sua responsabilidade civil aos casos de descumprimento de ordem judicial específica – não se aplica às infrações de direitos autorais ou conexos, hipótese que fica a depender de “previsão legal específica”. Confira-se o disposto no §2º do art. 19:

“Art. 19 (...)

§2º. A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.”

Nesse aspecto, entende o professor Guilherme Martins⁸⁰:

“Nesse ponto, o Marco Civil, paradoxalmente, consagra a prevalência das situações patrimoniais sobre as existenciais, caso em que a responsabilidade do provedor em face das vítimas depende de uma prévia notificação judicial, o que não se aplica, portanto, ao titular do direito autoral(...), significa inverter os valores fundamentais contidos na tábua axiológica da Constituição da República.”

“Portanto, o art. 19, §2º, do Marco Civil é eivado de inconstitucionalidade material, por afrontar a dignidade da pessoa humana, eleita como princípio

78DERBLI Felipe, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Renovar, coleção de teses, 2007.

79 TEPEDINO Gustavo, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 1-22.

80 MARTINS, Guilherme, Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet. Revista dos Tribunais. 2ª edição. P.330.

fundamental da República Federativa do Brasil no art. 1º, IV, da CF, em nome da exaltação de uma liberdade de expressão que não pode ser absoluta. ”

Como se vê, a aprovação do Marco Civil da Internet criou a seguinte situação no direito brasileiro: se o conteúdo postado por terceiro ofende direitos autorais ou conexos, o provedor de aplicações não pode invocar o art. 19, valendo, portanto, as normas gerais de responsabilidade civil, segundo as quais a responsabilidade é integral – e não expressamente limitada às hipóteses de inação após ordem judicial específica –, podendo, no máximo, o provedor obter uma interpretação judicial que, calcada na tendência jurisprudencial anterior à edição da Lei 12.965, estabeleça como marco inicial da sua responsabilização o momento em que, tomando ciência *por qualquer meio* (notificação extrajudicial, comunicação eletrônica etc.) do conteúdo lesivo aos direitos autorais ou conexos, o provedor deixa de agir para impedir a propagação da lesão.

Em outras palavras, com a promulgação da Lei 12.965, o mecanismo de proteção aos direitos autorais tornou-se mais simples, célere e eficiente que aquele reservado à tutela dos direitos fundamentais do ser humano (honra, privacidade, imagem etc.), a qual passa a ser dependente, para a própria deflagração da responsabilidade civil, de recurso ao Poder Judiciário e de emissão de ordem judicial específica. Tem-se aqui verdadeira inversão axiológica, na medida em que os direitos autorais e conexos – também, portanto, aqueles de conteúdo exclusivamente patrimonial – passam a contar com um instrumento de tutela mais forte, célere e efetivo que os direitos fundamentais do ser humano, aos quais a Constituição brasileira atribui maior importância senão hierárquica, ao menos axiológica, como se vê da expressa menção à dignidade da pessoa humana como fundamento da República (CF, art. 1º, III).

3.3 Propostas de soluções

Para salvar o art. 19 da inconstitucionalidade seria necessário interpretá-lo em conformidade com a tutela plena e integral dos direitos da personalidade, assegurada no art. 5º, X, da Constituição. Tal interpretação poderia ser obtida por meio de uma leitura que aproximasse o art. 19 da Lei 12.965 de outro dispositivo do Marco Civil da Internet, qual seja,

o art. 21. Ali, o legislador ocupou-se de tema específico: veiculação de material contendo “cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”.

“Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.”

A doutrina vem tratando do dispositivo sob a nomenclatura de “pornografia de vingança”, na esteira das fontes norte-americanas. Apesar do emprego equivocado da

O dispositivo tutela a intimidade sexual do indivíduo, com a consequente responsabilização do provedor de aplicações por danos decorrentes da exposição da sua nudez ou sexualidade que pode ser deflagrada por meio de mera notificação extrajudicial, não sendo compreensível, portanto, porque a tutela de outros atributos da personalidade humana – cuja proteção é situada em idêntico patamar pela Constituição da República – fica a depender, na linguagem do art. 19, de “ordem judicial específica”.

Da contraposição entre o art. 19 e o art. 21 do Marco Civil da Internet, vê-se que a responsabilidade civil de provedores de aplicação pela divulgação não-autorizada de fotografia que expõe a nudez de uma pessoa independe de propositura de ação judicial, mas a divulgação da cenas de tratamento médico invasivo, de uma cirurgia que amputa um membro do seu corpo, de uma agressão física sofrida ou de outros eventos cuja veiculação pública pode lesar ainda mais a mesma intimidade, privacidade ou honra daquela mesmíssima pessoa dependem da propositura de uma ação em juízo, com expedição de ordem judicial específica.

Conforme já abordamos no primeiro capítulo deste trabalho, em se tratando de direitos fundamentais de igual hierarquia, os mecanismos de tutela devem ser idênticos ou, ao menos, igualmente eficientes, sob pena de se instituir uma diferenciação normativa que não encontra

amparo no texto constitucional. Se a intimidade sexual é tutelada por meio de mera notificação extrajudicial, outras formas de intimidade devem ser tuteladas de igual maneira, assim como outros direitos da personalidade da vítima. Esse acesso aos mesmos remédios é indispensável para a máxima realização dos valores constitucionais, expressos nos direitos fundamentais do ser humano.

A salvação do art. 19 do Marco Civil da Internet somente pode ser alcançada por uma interpretação conforme a Constituição da República que dispense a ordem judicial específica, contentando-se com mera notificação, sempre que o conteúdo em questão lese direitos da personalidade – seja a intimidade sexual, como já reconhece o art. 21 da lei ordinária, seja qualquer outro atributo da personalidade humana que se afigure merecedor de tutela à luz do texto constitucional.

3.3.1 Outros remédios

O Marco Civil da Internet institui, com as condicionantes já vistas, o dever final de “tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente” (art. 19, *in fine*). A supressão de disponibilidade do conteúdo consiste, sem dúvida, na medida mais forte para evitar a propagação do dano, configurando um remédio que se mostra adequado àquelas hipóteses mais frequentes de veiculação de conteúdo lesivo (exposição não autorizada da intimidade alheia, comentários discriminatórios, incitações ao ódio etc.)

Entretanto, em determinados casos a supressão pode representar interferência abusiva no exercício da liberdade de expressão. O que o Marco Civil poderia perfeitamente ter feito seria cogitar de outros remédios que não a medida extrema da supressão, não como alternativa ao provedor de aplicações, mas como alternativa à própria vítima, que, em determinadas hipóteses, pode não ter necessário interesse na supressão do material, nem, muito menos, em toda a polêmica que a supressão desperta em relação à liberdade de expressão na rede.

A título exemplificativo, Schreiber constrói uma hipótese a qual a supressão não seria necessária e se veria sanado o direito de reparação do dano da vítima. Vejamos⁸¹: “Suponha-

81 SCHREIBER, Op.Cit.p.21

se, por exemplo, que alguém divulgue em uma rede social arquivos de imagem que retratam certa pessoa na sua infância ou adolescência, em alguma situação constrangedora, tudo sem autorização do retratado. A supressão do material não é necessária à tutela da honra do retratado, mas lhe interessa evitar que o material circule acompanhado da menção ao seu nome ou da identificação do seu rosto, como já é frequente em redes sociais como Facebook e Instagram.”

O que a vítima tem interesse em obter aqui é a ausência de identificação da sua individualidade, sem pretender necessariamente suprimir o material da rede, material que pode, por exemplo, retratar outras pessoas, inclusive o próprio terceiro (pense-se, por exemplo, em uma foto de uma festa à fantasia de tempos colegiais). Em casos assim, o terceiro tem, a princípio, o direito de divulgar a imagem que (também) o retrata e a mera desidentificação da vítima pode já ser medida suficiente a tutelar os seus direitos.

Outra medida que a vítima pode ter interesse em obter é o mero ajuste na indexação do material divulgado, de modo a evitar que se torne a principal ou uma das principais referências ligadas à sua identidade. Há, ainda, em alguns casos, interesse em obter a maior contextualização do material veiculado, com o acréscimo de informações que evitem uma interpretação do evento retratado destacada do seu contexto originário. A contextualização é remédio instigante porque, ao contrário dos demais, aponta para uma solução que contém mais e não menos informação sobre o conteúdo veiculado.

Tanto a desidentificação da vítima no conteúdo veiculado pelo terceiro, quanto a indexação adequada desse conteúdo em relação ao nome da vítima, quanto, ainda, a contextualização do conteúdo veiculado pelo terceiro são medidas que podem se afigurar suficientes, aos olhos da própria vítima, para a tutela dos seus direitos. Além disso, tais medidas conformam-se perfeitamente à melhor abordagem do direito ao esquecimento, que o define não como um direito de “reescrever a história”, de alterar os fatos ou de suprimir conteúdos porventura veiculados na internet, mas sim como um direito de “não ser perseguido por certos fatos”, evitando-se uma identificação inadequada da pessoa humana, que violaria, em última análise, seu direito à identidade pessoal.⁸²

82 SCHREIBER Anderson, *Direitos da Personalidade*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 172-174.

O Marco Civil da Internet teria feito bem em mencionar tais remédios (desidentificação, indexação adequada, contextualização do conteúdo etc.) como facultativos, a critério do lesado, mas acabou por se centrar exclusivamente sobre a indisponibilidade do material, remédio que nem sempre é desejado pela vítima e que pode atrair discussões intensas sobre a liberdade de expressão, discussões que, sem embargo da sua legitimidade, retardam a tutela dos direitos fundamentais que poderia se efetivar por outros modos menos polêmicos.

CONCLUSÃO

Através do presente estudo, observamos que, com o advento dos Estados Democráticos de Direito, os princípios – normas de caráter abstrato - assumiram papel central nos ordenamentos jurídicos internos de cada país.

Os operadores de direito se viram diante de casos concretos onde havia a colisão de princípios constitucionais que, por terem mesmo nível hierárquico, deveriam ser aplicados concomitantemente, mas que eram incompatíveis entre si.

Como forma de resolver tais impasses, foi necessário o desenvolvimento de uma nova técnica de interpretação jurídica, chamada de técnica constitucional, que atribuiu ao intérprete do direito, determinando as garantias que deverão prevalecer caso a caso, com a ajuda da técnica que se convencionou chamar de ponderação de valores.

Ainda estávamos nos adequando a esta nova realidade jurídica, quando a internet começou a se popularizar, potencializando a demanda do direito por encontrar soluções a casos que colocavam em rota de colisão interesses constitucionalmente amparados.

Com o objetivo de desenvolver mecanismos capazes de ponderar valores igualmente importantes e de responder a inquietas demandas sociais, foi importante estabelecer uma norma reguladora para as relações da Internet.

Foi nesse contexto que nasceu o Marco Civil da Internet, fruto de debates da sociedade, e contaram com participação de todos os interessados na regulação da rede, novidade para o nosso processo legislativo.

É esse conjunto de normas – fundamentos, princípios, objetivos e regras - que foi proposto a ser analisado como mecanismo regulatório das relações da internet, mostrando os impasses ainda sofridos pelos usuários da rede, ao se projetarem no ambiente virtual, que há muito tempo deixou de ser uma realidade paralela.

Importante nos atermos ao fato de que o Marco Civil não visa a esgotar de forma alguma a legislação atinente ao uso da internet. Ao contrário, essa característica da rede, de ter se tornado um mundo tão real quanto o físico, abre caminhos para que sejam criados incontáveis diplomas sobre o tema, em todas as categorias do direito.

Relevante questão é que estes novos diplomas terão como matriz comum a lei 12.965/2016, evitando a edição de normas com caráter atécnico, inconstitucional ou simplesmente controversas em relação a outras já existentes, por esse motivo, tamanha é a importância do estudo das particularidades da legislação tida como “Constituição da Internet”.

Por fim, ao estudarmos de forma mais apurada a questão do regime de responsabilidade civil dos provedores, na forma instituída pelo Marco Civil, verificamos que o legislador preferiu privilegiar seu principal fundamento, a liberdade de expressão, em detrimento de direitos de personalidade.

Estas duas garantias constitucionais vinham há muito tempo entrando em confronto diante da facilidade com que informações são propagadas pela rede, muitas vezes atingindo diretamente direitos de personalidade dos usuários da internet.

Neste cenário, questionava-se de que forma o provedor de aplicação, aquele que cedeu o espaço para que o suposto atentado à direito de personalidade ocorresse na esfera virtual, poderia ser responsabilizado pelo conteúdo dito ofensivo produzido por seu usuário.

O legislador optou por atribuir esta responsabilidade ao provedor unicamente se este, após ordem judicial específica, não retirar o conteúdo ofensivo da rede, privilegiando a liberdade de expressão já que, enquanto não houver a referida ordem, o conteúdo poderá ficar acessível na internet, ainda que afronte determinados direitos individuais.

No entanto, como visto, só há uma exceção que excepcionaliza a regra da responsabilização subjetiva a partir do descumprimento de ordem judicial, aquela que diz respeito à denominada “pornografia de vingança”, insculpida no artigo 21 do diploma legal.

Ocorre que, se não for certo, é ao menos possível, que com o tempo venham surgir novas hipóteses em que o respeito a outros direitos de igual nível hierárquico deverá ser colocado em patamar superior à livre manifestação de pensamento. Nestes casos, em situações que dão fortes indícios da prática de fraudes grosseiras, entendemos que o Marco Civil poderia ter sido mais tolerante, inclusive evitando a obrigatoriedade da propositura de novas ações juntos aos nossos sobrecarregados tribunais, propiciando a solução destes problemas da esfera extrajudicial e garantindo a proteção a direitos de igual importância à liberdade de expressão, com mais rapidez e efetividade.

Pode ser que o próprio Judiciário, diante de situações em que o provedor pudesse ter agido para retirar o conteúdo ilícito independentemente de ordem judicial, acabe adotando o entendimento de que sua responsabilização poderá se dar a partir de momento anterior à propositura da ação pelo ofendido, flexibilizando a regra do artigo 19 do Marco Civil e indicando que, na prática, nem sempre a liberdade de expressão deverá prevalecer, nem mesmo no primeiro momento.

Feita essa observação crítica, a conclusão a que se chega é que o art. 19 da Lei 12.965 reservou ao problema da responsabilidade civil dos chamados provedores de aplicações por conteúdo veiculado em seus sites um tratamento extremamente restritivo, que representa um inegável retrocesso em relação ao caminho que já vinha sendo trilhado pela jurisprudência brasileira nessa matéria. Ao condicionar a responsabilidade civil ao descumprimento de “ordem judicial específica”, o referido art. 19 promove um espantoso engessamento da tutela dos direitos do usuário da internet, não raro direitos fundamentais expressamente protegidos pela Constituição da República como a honra, a imagem e a privacidade.

Uma verdadeira bolha de irresponsabilidade é criada, na medida em que restringe a responsabilidade civil das sociedades empresárias que exploram os sites onde o conteúdo lesivo é veiculado, limitando eventual pretensão reparatória aos tais “terceiros”, quase sempre anônimos e cuja identidade e localização somente podem ser conhecidas, na maior parte dos casos, por aquelas mesmas sociedades empresárias que a lei exime de responsabilidade. Mesmo quando conhecidos, os terceiros não tem condições técnicas ou econômicas de atenuar a

propagação do dano, razão pela qual a eventual responsabilização tem pouca ou nenhuma consequência prática.

E ainda, o art. 19 deve ser considerado inconstitucional, por violar em diferentes aspectos a Constituição da República (art. 5º, incisos X e XXXV; art. 1º, III; entre outros). Não apenas restringe a tutela de direitos fundamentais, retrocedendo em relação à proteção que já era assegurada pelos tribunais brasileiros, mas também promove intolerável inversão axiológica, ao permitir tratamento mais favorável a direitos de conteúdo patrimonial (direitos patrimoniais do autor, por exemplo) que a direitos da personalidade, sendo certo que a ordem constitucional trata esses últimos com primazia.

O resultado da inconstitucionalidade consiste na possibilidade de responsabilização integral dos chamados provedores de aplicações pelos danos sofridos pela vítima, sem limitação temporal, desde o início da divulgação do material lesivo, contentasse com a notificação extrajudicial ao provedor, considerando-o a partir daí civilmente responsável em caso de inércia na adoção das medidas necessárias à retirada do conteúdo lesivo do seu site.

As sociedades empresárias que exploram sites e redes sociais possuem indiscutivelmente as melhores condições técnicas para adotar as providências necessárias à reparação ou à atenuação da propagação do dano, que transcendem a mera questão da supressão do material veiculado, mas abrangem também medidas como a desidentificação da vítima, a adequada indexação do material veiculado, a sua contextualização, entre outros remédios que seriam capazes, em muitos casos, de proteger a vítima sem suscitar risco à liberdade de expressão dos terceiros que veiculam o material considerado lesivo.

De toda forma, é de se ter muita cautela com a invocação da liberdade de expressão no universo virtual. Trata-se frequentemente de argumento falacioso, já que a imensa maioria dos casos concretos envolvendo pedidos de supressão de material lesivo na jurisprudência brasileira diz respeito a informações flagrantemente falsas, ofensas evidentes, comentários racistas e outras espécies de conteúdo que, muito ao contrário, de exprimir um exercício legítimo da liberdade de expressão pretendem canibaliza-la, por meio da intimidação, do *bullying* virtual, do *online hate speech* e de outras formas virtuais de opressão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Doutrinas e artigos:

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARTESE, Gustavo (coord.) Marco Civil da Internet: Análise Jurídica sob uma Perspectiva Empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 235, jan./mar. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>

_____. Liberdade de Expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

_____. Modernidade líquida. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7 ed., revista, atualizada e ampliada de acordo com o novo Código Civil por Eduardo C. B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet ; COELHO, Inocêncio Mártires ; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Edições Almedina, sem ano.

CARLOMAGNO, Márcio Cunha, BRAGA, Sérgio e ROCHA, Leonardo C. Artigo “a Internet e os partidos políticos brasileiros”- Internet e Sociedade, Cadernos Adenauer XVI (n.3, 2015)

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* liberdade de expressão e de informação. Disponível em <http://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos008/pdf.PDF>.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, Martins Fontes, São Paulo, 1987

LEITE, George Salomão e LEMOS, Ronaldo (Coords.). Marco Civil da Internet. São Paulo: Atlas, 2014.

LEMOS, André. LEVY, Pierre. O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010.

LEMOS, Ronaldo. Artigo “Internet brasileira precisa de marco regulatório civil”- disponível em <http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1995.
_____. *Cibercultura*, São Paulo: Ed. 34, 1999.

LOPES, Marcelo Frullani “Marco Civil aumenta insegurança sobre liberdade de expressão”
Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-29/marcelo-lobes-marcocivil-aumenta-inseguranca-liberdade-expressao>, <http://www.conjur.com.br/2016-set-02/marcelo-frullani-stj-relativiza-marco-civil-internet-decisao>

MARTINS, Guilherme Magalhaes. Direito Privado e Internet - Atualizado Pela Lei Nº 12.965/2014. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

_____. Contratos Eletrônicos de Consumo. Rio de Janeiro: Atlas, 3ª Ed. 2016.

_____. Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro. 2ª edição.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOLON, Alessandro. Artigo “A legislação e a internet: ideias, desafios e avanços com o Marco Civil da Internet”-Internet e Sociedade, Cadernos Adenauer XVI (n.3, 2015).

PAIT, Heloisa e PINHEIRO, Ruan Sales de P.. Artigo “Vazamento de informações: um ritual democrático na era da comunicação em rede”- Cibersegurança, Cadernos Adenauer XV (n.4, 2014).

PINHEIRO, Patricia Peck: Artigo “Regulamentação da Web”- Cibersegurança, Cadernos Adenauer XV (n.4, 2014).

SCHREIBER, Anderson (Coord.). Direito e mídia. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Direitos da personalidade. 2ª ed. São paulo: Atlas, 2011.

_____. Direitos da Personalidade e o Código Civil de 2002.

_____. SCHREIBER, Anderson, Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/artigo-marco-civil-internet.pdf>

SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet. Consultor jurídico. Publicado em 23 de janeiro de 2017, 6h02. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudoterceiro-internet>

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: In: Newton De Lucca; Adalberto Simão Filho; Cíntia Rosa Pereira de Lima. Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 377-408. Disponível em: <https://drive.google.com/open?id=0B3jRqYFt3BBXT1IHNWdoUUxvSG8>

SUPPO, Hugo Rogelio. Artigo “Internet e Democracia”-Internet e Sociedade, Cadernos Adenauer XVI (n.3, 2015).

TEPEDINO Gustavo, A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro, Temas de Direito Civil, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THOMPSON, Marcelo, Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas na internet do Brasil. Revista de Direito Administrativo. Vol.261. P.203-251. Rio de Janeiro, set-dez de 2012.

ZYGMUNT, Vida para Consumo- A Transformação das Pessoas em Mercadorias, Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

Jurisprudência:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário com agravo nº 66086/MG. Google Brasil Internet LTDA e Aliandra Cleide Vieira. Relator: ministro Luiz Fux. Decisão em 22/03/2012. Publicado em 07/11/2012. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629338/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-com-agravo-rg-are-660861-mg-minas-gerais-9002893-4720108130024>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 431.271 - RJ (2013/0378014-3). Google Brasil Internet LTDA e Carla Angelo Devecchi. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Acórdão em 22/04/2014. Decisão mantida. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25060639/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-arep-431271-rj-2013-0378014-3-stj/relatorio-e-voto-25060641>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1395768 / RJ. Elma Eni dos Santos e Google Brasil Internet LTDA. Relator: Ministro Raul Araújo. Acórdão em 22/04/2014. Publicado em 22/05/2014. Agravo regimental não provido. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25091695/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1395768-rj-2010-0224825-4-stj/inteiro-teor-25091696?ref=juris-tabs>

TJ/PR, Apelação Cível nº 130075-8, j. 19.11.2002. Disponível em <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4409808/apelacao-civel-ac-1300758-pr-apelacao-civel-0130075-8/inteiro-teor-11197258>

STJ, REsp 1308830/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 08.05.2010. Mesmo sentido: STJ, REsp 1316921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.06.2012. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859?ref=juris-tabs>

STJ, Recurso Especial 1.117.633/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 9.3.2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8569044/recurso-especial-resp-1117633-ro-2009-0026654-2/inteiro-teor-13668131?ref=juris-tabs>

Legislações:

Legislação Marco Civil da Internet: Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-/2014/lei/112965.htm

Constituição Federal de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

Código de defesa do consumidor. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm

Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

Documentos e notícias eletrônicas:

<http://www2.planalto.gov.br/noticias/2015/04/marco-civil-nova-lei-nasceu-de-um-debate-publico-e-democratico>

<http://culturadigital.br/marcocivil/files/2010/04/MINUTA-DE-ANTEPROJETO-DE-MARCO-CIVIL-DA-INTERNET-PARA-DEBATE-COLABORATIVO.pdf>

<https://www.cgi.br/publicacao/o-cgi-br-e-o-marco-civil-da-internet>

<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/05/28/aos-20-anos-da-web-brasil-discute-marco-legal>

<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/07/delegados-da-policia-federal-dizem-que-marco-civil-e-inconstitucional.html>

<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm

<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>

<http://artigo19.org/wp-content/uploads/2015/01/an%C3%A1lise-marco-civil-final.pdf>