



Paulo Sá: Desembargador faz considerações sobre Marco Civil

05/09/2014

O professor e desembargador Ênio Santarelli Zuliani fez importantes considerações sobre o Marco Civil da Internet durante seminário sobre o tema, promovido pela Escola Paulista da Magistratura até o último dia 25. Há algumas semanas, ouvimos a exposição do professor Marcel Leonardi, que também apresentou excelentes argumentos.

Para o desembargador, o “tempo” nas questões envolvendo a Internet é de vital importância para as partes em determinadas situações. Muitas vezes, a demora faz com que o direito da parte se prejudique eternamente, tornando impossível evitar a propagação de conteúdo ilícito pela Internet. Para ele, o Marco Civil não foi sábio ao exigir ordem judicial para a remoção de conteúdos evidentemente ilícitos, apesar da exceção existente no artigo 21 — em casos de conteúdo com nudez e atos sexuais. “Ao exigir ação judicial, a lei criou essa dificuldade que pode criar um embaraço e uma impossibilidade técnica”, disse ele.

Em sua exposição, Santarelli Zuliani afirmou que, se a vítima de conteúdo ilícito divulgado pela Internet não conseguir identificar desde logo quem é o responsável pela inserção do conteúdo na rede, não poderá ser impedida de ingressar contra o provedor de aplicações de Internet inicialmente, mesmo sem saber quem é o responsável pela efetiva inserção do conteúdo, pois pensar de forma diferente seria admitir que o Marco Civil teria criado condição para restringir o acesso da vítima ao Judiciário em defesa do seu direito, o que evidentemente não se pode admitir. Atualmente, pela redação da Lei 12.965/2014, o provedor de aplicações de Internet só é obrigado a remover conteúdo ilícito veiculado na Internet (salvo o disposto no artigo 21) por meio de decisão judicial (liminar, tutela antecipada ou decisão final) e se não remover, se não cumprir a decisão judicial, poderá ser condenado.

No entanto, questiona o desembargador, se o provedor de aplicações de Internet não atender uma notificação prévia, ele estará exercendo corretamente o direito estabelecido no Marco Civil ou estará abusando do direito e deixando a vítima desprotegida? O provedor de aplicações de Internet nada faz e pergunta-se: seria possível cogitar de sua responsabilidade por omissão? Para ele, as pessoas que são afetadas por essas situações trazidas pela informática e telemática só possuem meios de salvaguardar os seus direitos através das atividades do provedor de aplicações de Internet, pois elas próprias não têm como resolver essa questão.

Apenas o provedor de aplicações de Internet dispõe dos meios e das facilidades para atender uma situação de dano, evitá-lo ou impedir sua continuidade. Se o provedor de aplicações de Internet toma conhecimento de que há uma ofensa na rede e não age com rapidez, poderá contribuir para que esse dano se perpetue ou se agrave. Nesse tipo de questionamento, segundo ele, ganha força o princípio da exclusão de responsabilidade pelo fato de a lei não impor ao provedor de aplicações de Internet o dever de agir mediante notificação do interessado.

“Não me interessa que a lei tenha dito que só a partir das decisões judiciais [os provedores devem remover o conteúdo]. Ao meu juízo, ao meu entendimento, quem não obedece uma notificação com essa clareza, com essa transparência de ilicitude, não pode alegar exercício regular do direito. O provedor está abusando da sua posição, ainda que essa posição tenha sido imposta pela lei 12.965 e ao não agir, continuará no meu modo de entender, responsável.”

Sem mudanças

Para o desembargador, os provedores de aplicações de Internet não estão acobertados pelo exercício regular de direito se deixarem de agir mediante notificação prévia. “Apesar do advento da norma que de forma transparente buscou proteger o provedor e suas atividades, há, insito ao desenvolvimento do serviço, uma salvaguarda ao consumidor.”

Ele citou ainda o trabalho de Menezes Cordeiro, “que trata da questão dos deveres secundários, (que os portugueses chamam de tráfico) e que são atribuições para prevenir o perigo e o dano e não predeterminados, nem nos seus sujeitos, nem no seu conteúdo, de modo a poderem dar azo a uma verdadeira obrigação.” (MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, II – Direito das Obrigações, Tomo III, Almedina, 2010, p. 588).

“Isso me parece um retrocesso muito claro, muito evidente, ainda que tenha sido feito para facilitar a vida dos provedores. O Poder Judiciário tem que zelar pela integridade do ordenamento e, se uma peça foge desse esquema geral, temos que deixar essa peça de lado e pensar no âmbito coletivo. Portanto, se alguém notificar e o provedor não atender, ele [o provedor] ainda responderá. No meu modo de entender, não mudou essa parte.”

“O provedor não pode justificar sua omissão, diante de reclamação fundamentada do interessado, pelo conteúdo da Lei 12.965/2014, como se não estivesse obrigado a cooperar agindo na luta contra o ilícito. Quando o art. 5º, II, da Constituição Federal, diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, não pretendeu anistiar os empresários quanto ao procedimento seguro em favor da harmonia e da estabilidade do Direito, o que significa dizer que sendo notificado da introdução de mensagem desonrosa e ofensiva, deverá promover a retirada ou justificar a manutenção em homenagem a liberdade de expressão e comunicação.”

Para o desembargador, há abuso de direito (art. 187, do Código Civil) e colisão de direitos valiosos e iguais. Se de um lado o provedor de aplicações de Internet conta com a Lei 12.965/2014, a vítima possui, também, proteção constitucional (art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal) e da garantia de que serviços autorizados não causem danos (proteção de segurança) tal como previsto no art. 14 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). “Ora, o confronto deverá ser solucionado pelo critério que priorize a eliminação ou atenuação dos prejuízos. Caso se legalize a omissão do provedor, a ordem jurídica estaria emitindo licença para perpetuar o dano e converter sua negligente atuação em prejuízo a ser injustamente suportado pelo interessado.” E, se ficar constatado que o provedor de aplicações de Internet deveria agir e não o fez, responderá.

Sobre o art. 21, o desembargador lembra que, ao contrário do outro dispositivo, a lei foi muito boa nesse ponto, pois é preciso proteger rapidamente as pessoas que são expostas de tal

maneira. No entanto, diz que a lei trouxe uma celeuma ao determinar que o provedor de aplicações de Internet responde subsidiariamente. “Para nós, isso representa uma inovação. Nós conhecemos as obrigações solidárias. Mas subsidiárias? Nós conhecemos o benefício de ordem que está na fiança. E na fiança, diz assim, primeiro executa-se o devedor, e se o devedor não te pagar ou não tiver bens, aí sim se executa o fiador. Isso é subsidiário. Outra obrigação subsidiária nós temos no art. 928 do Código Civil, que é a responsabilidade do incapaz. Primeiro tem que se executar o responsável pelo incapaz. Então, obrigação subsidiária que nós conhecemos, é essa alternativa: ‘primeiro deve pagar o devedor principal, depois é que deve pagar o outro’.”

“Quando leio essa palavra (subsidiária), lembro-me do enriquecimento sem causa. Você só pode pedir a ação de locupletamento se não tiver ação apropriada para o fim desejado. A ação para locupletamento é subsidiária. Afinal, qual o sentido da palavra subsidiária (no art.21 do Marco Civil)? “Primeiro executa-se o autor da ofensa, se ele não pagar, aí o provedor paga? Para mim, a lei não quis dizer isso, porque a questão do dano provocado a uma pessoa pela Internet não acarreta a solidariedade perfeita. O ilícito praticado pelo agente que coloca o ilícito na rede é um. O ilícito do provedor é outro. O legislador não soube contornar um problema jurídico, que é distinguir o nexo de causalidade que é múltiplo.”

“O provedor foi notificado para retirar o ilícito e não retirou? Ele é responsável, pois entrou na cadeia do nexo causal e agravou o dano ao não retirar o material ilícito. O provedor contribuiu de maneira eficiente para que o dano se perpetuasse ou se agravasse, então a responsabilidade do provedor é subsidiária, pois ela é independente da responsabilidade do agente causador. O juiz tem que fixar duas indenizações, diferentes, uma para o causador do dano e outra para o provedor. Por isso que é subsidiária. Essa subsidiariedade é diferente. Não é que uma depende da outra. A do provedor de aplicações de Internet tanto é menor, igual ou maior que a do agente. Quando ela é menor? Quando o provedor de aplicações de Internet age rapidamente.”

“Vamos supor que ele demore 20 dias, quando o dano ganhou uma dimensão extraordinária, pois cada minuto que passa mais gente vê, mais gente faz download, muitos farão um arquivo (do conteúdo ilícito). Então, o provedor pode ter uma responsabilidade maior ou menor. Por isso que é subsidiário. Pensar de forma diversa vai contra qualquer razoabilidade do sistema jurídico e das obrigações.” Para o desembargador, portanto, o provedor de aplicações de Internet que contribuiu para o dano por não retirar o que deveria ser imediatamente excluído (fica em situação de espera), somente será responsável “subsidiariamente”, o que parece sensato. Esse sim é o sentido da norma.

Por fim, respondendo a indagação que fiz sobre “astreintes” (multa diária), entende o desembargador que a aplicação delas por desobediência a ordens judiciais (*contempt of court*) devem ser fixadas em valores expressivos e que sejam realmente capazes de obrigar o cumprimento das ordens judiciais.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-set-05/paulo-sa-desembargador-explana-consideracoes-marco-civil/>