

Guilherme Martins: Responsabilidade objetiva do provedor de internet

18/11/2015

*"Na primeira noite eles se aproximam
e roubam uma flor
do nosso jardim.
E não dizemos nada.
Na segunda noite, já não se escondem;
pisam as flores,
matam nosso cão,
e não dizemos nada.
Até que um dia,
o mais frágil deles
entra sozinho em nossa casa,
rouba-nos a luz, e,
conhecendo nosso medo,
arranca-nos a voz da garganta.
E já não podemos dizer nada.
[...]"*

Eduardo Alves da Costa

Quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002, festejava-se a adoção, com atraso em relação à legislação estrangeira, da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva (artigo 927, parágrafo único). O risco parecia finalmente assumir uma vocação expansiva, em face de problemas como a massificação urbana, o desenvolvimento da informática, da indústria, da energia, dos meios de transporte e das biotecnologias, dentre outros, na passagem do individualismo liberal para o solidarismo.

A Plenária da VII Jornada de Direito Civil, feita em 30 de setembro de 2015 no Conselho da Justiça Federal, em Brasília, celebrou o triunfo da culpa, sacrificando a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, contemplada como princípio fundamental da República (Constituição da República, artigo 1º, III). Sem um maior espaço para o debate e com tempo exíguo para votação, foram rejeitadas sumariamente diversas propostas de enunciados, que buscavam reforçar o papel do risco na responsabilidade civil, não obstante sua aprovação por maioria absoluta, nas respectivas comissões.

Embora avanços tenham ocorrido, sobretudo no Direito de Família, na superação da noção de culpa ou na afirmação das famílias homoafetivas, o mesmo não pode ser dito em relação à responsabilidade civil.

É o caso da responsabilidade dos provedores de aplicações da internet por conteúdos postados por terceiros, cuja previsão, no artigo 19 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), contaminada de inconstitucionalidade material, afronta a cláusula geral da dignidade da pessoa

humana, princípio fundamental da República (Constituição Federal, artigo 1º, III).

A Lei 12.965/2014, apresentada à população como a “Constituição da Internet”, sinaliza um primeiro passo no processo de regulamentação das situações jurídicas realizadas no meio virtual, baseando-se em três vertentes principais: liberdade de expressão, neutralidade e privacidade.

Conforme o artigo 19 do Marco Civil, o provedor de aplicações da 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 de seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

O artigo 19 da Lei 12.765/2014 consagra a prevalência das situações jurídicas patrimoniais e dos fatores reais de poder sobre as existenciais, sobretudo das partes mais débeis. As únicas exceções à responsabilidade condicionada ao descumprimento de ordem judicial seriam: a) a ofensa de cunho sexual, caso em que a necessidade de ordem judicial é substituída pela notificação administrativa, como já observamos em outra oportunidade (*A inconstitucionalidade do Marco Civil da Internet*, editorial publicado no *Valor Econômico* em 19 de maio de 2014) e b) a infração a direitos autorais ou conexos, condicionada a previsão legal específica, conforme o artigo 19, parágrafo segundo do marco civil.

De certo modo, a tutela semiabsoluta da imunidade dos provedores só foi ponderada em virtude do tratamento moral-religioso irradiante em tópicos como a sexualidade, e quando se trata das propriedades imateriais ligadas à indústria do entretenimento.

Logo, o patrimônio, para o marco civil, prevalece sobre a cláusula geral de proteção da pessoa humana. Se a responsabilidade do provedor em face das vítimas depende de uma prévia notificação judicial, isso não se aplica, portanto, ao titular do direito autoral. Conferir aos interesses da indústria cultural, em função da titularidade dos direitos patrimoniais do autor (*copyright*) em face das vítimas de danos sofridos por meio das ferramentas de comunicação da internet, como as redes sociais, significa inverter os valores fundamentais contidos na tábua axiológica da Constituição da República. A vaga referência à futura Lei de Direitos Autorais, em discussão há mais de dez anos, não resolve o problema.

A notificação do provedor de internet, prevista no artigo 19 da Lei 12.965/14, constitui mera condição de procedibilidade, para as ações de reparação de danos movidas em face daqueles prestadores, não implicando um juízo de valor ou a violação dos deveres ensejadores de culpa, já definida por Patrice Jourdain como uma veste demasiado apertada para indenizar todas as vítimas.

O marco civil se limita a prever a responsabilidade decorrente do não cumprimento de uma ordem judicial de retirada de conteúdo, sem qualquer referência à culpa, o que não é de maneira alguma incompatível com a cláusula geral do risco.

A disponibilização de conteúdos ou a hospedagem de páginas na internet é, portanto, atividade perigosa ou de risco, tendo em vista a volatilidade e insegurança do meio, não podendo a

conduta dos provedores de aplicação, em pleno século XXI, ser avaliada pelo subjetivismo próprio da culpa.

Diante de uma lei injusta, cuja aprovação foi obra do poderoso *lobby* capitaneado pela Google, cabe ao magistrado julgá-la incidentalmente inconstitucional, afastando-se da mera subsunção ou da visão positivista, pela qual o simples enunciado da lei injusta seria uma contradição em termos.

Não obstante a obrigação de não monitorar, consagrada na Diretiva 31/2000 da Comunidade Econômica Europeia e no *Communications Decency Act*, nos Estados Unidos, o *safe harbour* dos provedores de internet deve conviver, no ordenamento brasileiro, com os valores constitucionais da defesa do consumidor (artigo 5º, XXXII e artigo 170, V) e da proteção integral (artigo 227).

Em decisão paradigmática, de 16 de junho de 2015, no caso Delfi AS vs Estônia, da Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos, um portal de notícias foi responsabilizado, independentemente de culpa, pelos comentários ofensivos postados por seus leitores, cuja simples remoção foi insuficiente, em virtude da gravidade dos danos causados à reclamante, justificando-se a restrição à liberdade de expressão daquele provedor.

A exigência da ordem judicial, não obstante a inconstitucionalidade material daquele dispositivo, serve apenas à aferição do início da responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet, que disponibiliza conteúdos ou hospeda páginas concebidas por terceiros.

Exaltar a liberdade em sacrifício de outros direitos fundamentais, em especial a dignidade, honra, privacidade e imagem das vítimas de danos potencializados pela velocidade das redes sociais na internet, significa, na maioria dos casos, sacralizar o direito de ofender a esfera jurídica alheia, ou banalizar o discurso do ódio, sob o pretexto de premiar aquele que exerce uma liberdade fundamental.

Advocacia e doutrina, cada qual de maneira independente, desempenhando um nobre papel, com influências recíprocas sobre as decisões dos tribunais, não se confundem.

O fortalecimento dos seguros de responsabilidade civil é a resposta para a nova distribuição de danos proposta pelo ordenamento civil-constitucional.

O Marco Civil da Internet deve ainda dialogar com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), que prevê a regra da responsabilidade objetiva, nos seus artigos 12 e 14, bem como com a recém-publicada Lei 13.185, de 6 de novembro de 2015, que institui o programa de combate à intimidação sistemática (*bullying*).

Trata-se de ofensas que demandam uma ação preventiva, por meio dos mecanismos de tutela inibitória, e repressiva, em face da intimidação sistemática na rede de computadores (*cyberbullying*), definida no artigo 2º, parágrafo único da Lei 13.185/2015 em função do uso dos instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar à violência e adulterar fotos e dados pessoais, criando constrangimento psicossocial.



A Lei 13.185/2015 contempla, em seu artigo 3º, VIII, a intimidação virtual, definida como “depreciar, enviar mensagens intrusivas de intimidade, enviar ou adulterar fotos ou dados pessoais que resultem em sofrimento com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social”.

Segundo uma pesquisa realizada pela organização norte-americana Women’s Rights Association for Progressive Communications, divulgada no jornal *O Globo* de 10 de novembro de 2015, em face do assédio online, com a publicação de fotos íntimas como forma de vingança, campanhas de difamação ou mesmo ameaças de morte, dentre outras condutas, cerca de 60% dos mil casos levantados não foram investigados pelas autoridades, ao passo que menos de um terço teve algum tipo de resposta pelos provedores de serviços de internet.

Os juristas, nas palavras de Louis Josserand, devem viver com sua época, se não querem que esta viva sem eles. A perigosa exaltação das liberdades pela doutrina, supostamente celebrando os valores democráticos, sepulta o projeto solidarista abraçado pela Constituição cidadã, após uma longa e perniciosa ditadura.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-nov-18/guilherme-martins-responsabilidade-objetiva-provedor-internet/>