

O artigo 19 do MCI: uma “nova” espécie de inconstitucionalidade?

18/12/2019



Otavio Luiz Rodrigues
Professor da USP

O sistema positivo de responsabilidade civil no país, antes mesmo da

vigência do primeiro Código Civil brasileiro em 1917, conheceu a responsabilidade objetiva (ao menos na linguagem atual) por intermédio do Decreto 2.681, de 7 de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade delitual das estradas de ferro. Em seu artigo 1º e em seu artigo 17 encontra-se a célebre afirmação de que “será sempre presumida a culpa” das estradas de ferro nas hipóteses de, respectivamente, “perda total ou parcial, furto ou avaria das mercadorias que receberem para transportar” e “desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea”.

Desde então, várias atividades foram alcançadas por textos normativos que lhes sujeitavam ao regime da responsabilidade objetiva no campo delitual. São exemplos disso: (a) as atividades nucleares (artigo 4º, Lei 6.453, de 17 de outubro de 1977, que dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares; (b) as atividades relativas à prestação de serviços públicos por pessoas jurídicas de direito público e pelas pessoas jurídicas de direito privado nessa condição (artigo 37, § 6º, Constituição de 1988); (c) as atividades vinculadas às relações de consumo, nas hipóteses dos artigos 12 e 14, do Código de Defesa do Consumidor, com a exceção dos profissionais liberais.

O Código Civil de 2002 procedeu a uma importante reformulação do sistema de responsabilidade civil, ao dividir as hipóteses de responsabilidade objetiva em duas no parágrafo único de seu artigo 927: (a) aquelas previstas em lei especial; (b) aquelas atividades consideradas como de risco. No grupo (a), reconduz-se o caso ao conjunto de leis extravagantes ou normas específicas do próprio código que fixem a responsabilidade objetiva. No grupo (b),

deu-se uma abertura para a interpretação jurisprudencial sobre o que seria atividade de risco, quando não essa não se subsumir às hipóteses do grupo (a).

Diante da enorme abrangência das atividades inseridas na prestação de serviços públicos, no âmbito das relações de consumo ou no transporte de pessoas, a cláusula de fechamento da parte final do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil tem seu uso muito discreto na jurisprudência. O referido texto normativo foi elaborado muito antes do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição de 1988 e voltava-se, em larga medida, a compreender hipóteses de fato que posteriormente se subsumiram a esses regimes jurídicos específicos.

Com o desenvolvimento das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC's), especialmente na década de 2000, surgiram novas hipóteses de delitos civis, praticados no âmbito da *internet* e que implicavam uma revisão da responsabilidade civil no campo de certos direitos da personalidade (intimidade e privacidade, *por exemplo*). As redes sociais — especialmente o *Orkut* e, depois, o *Facebook* — converteram-se em fonte primária de um grupo de casos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Antes da vigência da Lei 12.966, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet – MCI), era no exame desses julgados do STJ que se poderiam encontrar respostas sobre a qualificação jurídica desses fatos.

Em texto publicado em 2014^[1], antes do MCI vigorar, procedi a um estudo sobre o problema que seria objeto posteriormente do artio 19 do MCI. Na ocasião, apresentei esta summa do estado-da-arte da matéria: “As conclusões extraídas do ‘grupo de casos’ das Turmas da 2ª Seção do STJ coadunam-se com acórdãos (pretéritos ou mais atuais) de órgãos inferiores da jurisdição ordinária nacional. Encontram-se posições no sentido de que: a) ‘o Google é apenas uma provedora de hospedagem, ou seja, empresa que sedia páginas de usuários, se limitando a armazenar e disponibilizar arquivos e páginas eletrônicas para uma rede de inúmeros interessados’; b) não se deve utilizar o conceito de atividade de risco (artigo 927, parágrafo único, CC/2002) para qualificar juridicamente os serviços dos provedores de conteúdo na Internet, pois ‘se for aprovado esse entendimento, haverá uma retratação do mercado e os provedores certamente não mais atuarão no espaço, em virtude da completa e total impossibilidade de estabelecimento de filtros de contenção de conteúdo’, até porque ‘a responsabilidade pelo risco da atividade deve ser imaginada e admitida em casos em que a empresa aceita os ônus do perigo do trabalho lucrativo porque existe um aparato razoável para evitar e prevenir os danos potenciais e nunca quando inexistem meios para bloqueio de interferência de terceiros no exercício de uma função de cunho essencial para a civilidade (Internet)’.

Ainda no citado estudo, assinalei como única exceção a esse entendimento da 2ª Seção do STJ um acórdão de relatoria do ministro Herman Benjamin, que fazia menção ao exemplo da China, para defender que “a Internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e sem responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer. No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmutar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro”. Com esses argumentos, ele negava a tese da impossibilidade de controle *ex ante* pelos provedores: “O provedor de serviços responsável pela

manutenção do Orkut já se utiliza da fiscalização de conteúdo em outros países, como é o caso da China, não sendo possível vislumbrar, de início, em que a situação ora analisada difere da que vem sendo empregada naquele país”.^[2]

O certo é que o STJ afastou a aplicação do parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil, em suas duas vertentes: (a) aplicação de lei especial, como seria o caso do CDC, ainda que reconhecesse haver uma relação de consumo entre provedores, usuários e terceiros; (b) a caracterização como atividade de risco. A necessidade de uma notificação extrajudicial era também indicada no grupo de casos do STJ.

Com o MCI, adotou-se um modelo que incorporava parcialmente a jurisprudência do STJ quanto à responsabilidade objetiva, mas que inovava em dois aspectos nucleares:

(a) Sopesava direitos fundamentais e projetava esse sopesamento para a legislação ordinária, dando prevalência à liberdade de expressão em detrimento da privacidade e da intimidade. A abertura do art.19 do MCI não deixa dúvidas quanto a essa orientação do legislador: “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 judícia específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.”

(b) Exigia o recurso prévio ao Poder Judiciário para que se convertesse em ilícita a conduta do provedor de aplicações, com a ressalva de que seria ainda possível usar as limitações técnicas como excludente de responsabilidade.

A opção do legislador é criticável sob todos os aspectos. No trabalho de 2014, deixei explícito que esse modelo representaria um *legal transplant* do modelo norte-americano, que privilegia as liberdades comunicativas em detrimento da responsabilidade delitual em face da privacidade e da intimidade. Não somente isso, a introdução de um sistema como o que veio a ser prestigiado no MCI representaria uma ruptura com um século de tradição jurídico-civilística no âmbito da responsabilidade civil objetiva, desde o Decreto n. 2.681/1912.

Chega a ser irônico ler argumentos em prol da constitucionalidade do artigo 19 do MCI baseados na ideia da preservação das liberdades comunicativas. A própria abertura do artigo 19 denuncia essa necessidade de se “blindar” a lei com a afirmação de que o dispositivo tem o “intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”. É mais honesto dizer que a norma efetivamente visa a preservar interesses econômicos de um modelo de negócios de origem norte-americana, favorecido por uma intensa assimetria regulatória e tributária (em favor das empresas que o exploram) e que tem avançado em todo o mundo à custa da indústria tradicional (telefonía, cinema, literatura, e comunicação social).

O argumento das limitações técnicas é igualmente inaceitável. Imagine-se uma pessoa lesada por um acidente ferroviário em 1913 que, ao invocar o Decreto 2.681/1912, fosse confrontado com a seguinte alegação em contestação da poderosa *The São Paulo Railway Company* ou da *Companhia Mogiana de Estradas de Ferro*, esta do Conde de Parnaíba: não seria possível admitir a responsabilidade objetiva porque a empresa não dispunha de condições técnicas para

assegurar a proteção de passageiros e de terceiros ao longo de toda a extensão da linha férrea, dilatada por trechos remotos da Serra da Mantiqueira.

Quaisquer dessas teses são inaceitáveis. O problema, contudo, reside em que o legislador nacional — queira-se ou não — adotou um modelo para os delitos na *internet* que é, rigorosamente, um *legal irritant* — expressão de Gunther Teubner, ao ser referir à introdução da boa-fé no Direito inglês.[3] Ao assim proceder, abriu o flanco para críticas doutrinárias severas e para legítimas tentativas de alteração do artigo 19 do MCI, que deverão ser conduzidas em um ambiente democrático e, muita vez, violento do processo legislativo.

À exceção de tais caminhos — crítica doutrinária e reforma legislativa — não há como se reconhecer inconstitucionalidade do artigo 19 do MCI. Ao menos dentro de um espectro de respeito da “dignidade da legislação” e de respeito às escolhas legítimas dos parlamentos. Esse argumento, diga-se, está presente em escritos de Lenio Luiz Streck (em parecer ainda inédito e em [artigo no Estado de S. Paulo](#)) e, parcialmente, de Francisco de Mesquita Laux (publicado na coluna *Direito Civil Atual*, especialmente em sua terceira parte: [Supremo debate o artigo 19 do Marco Civil da Internet \(parte 3\)](#)).

O ordenamento jurídico brasileiro não permite que se declare a inconstitucionalidade de uma lei por não se gostar de uma norma ou por considerá-la injusta, dotada de insuficiente capacidade de proteção aos interesses privados. Tais hipóteses, ao menos até agora, não foram contempladas na Constituição de 1988.

Peço licença para reproduzir uma advertência que fiz em minha tese de livre-docência, a respeito de uma conduta que “tem levado a abusos interpretativos, como se o juiz, ao interpretar uma regra ou um princípio da CF/1988, possuísse o ‘toque de Midas constitucional’”. Ainda mais “quando se nota que, especialmente quanto aos princípios constitucionais, sua generalidade e ductilidade exigem muito mais autocontenção judicial, diante dos sérios riscos de se ‘desprestigiar o direito legislado nos códigos em favor de uma retórica da potencialização da eficácia do texto constitucional’. (...) É nessa zona cinzenta conceitual que se tem instalado um caos semântico muito difícil de se debelar, seja porque interessa a quem dispõe da chave do código semântico dizer qual é e qual não é o momento para sua abertura; seja porque ela permite que uma oligarquia jurídica se aproprie da chave do código semântico e diga o que a norma significa, cobrando muito caro para fazer uso da chave”. [4]

Eliot Ness, o célebre agente do Tesouro norte-americano, que se tornou mundialmente famoso por prender o mafioso Al Capone durante a Lei Seca (proibição de produção, comercialização e consumo de bebidas alcóolicas), foi entrevistado após a condenação de Capone. Um dos repórteres teria perguntado a Ness sobre as notícias de uma iminente revogação da Lei Seca, a cujo cumprimento ele tanto se dedicara. A resposta dele teria sido esta: “Beberei uma dose em homenagem a isso”. O artigo 19 do MCI é uma norma que se choca com as melhores tradições do Direito Civil. Mas é uma regra criada pelo legislador democrático e que não oferece contraste a qualquer norma ou princípio constitucional. Por pior que seja, deve ser respeitada até que o legislador a revogue ou modifique. Nesse caso, por certo, eu também beberei uma taça de vinho em homenagem a isso.



[1] RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Responsabilidade civil e internet: problemas de qualificação de conflitos nas redes sociais. In. ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord). *Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 283-302.

[2] Trechos do voto do relator no STJ. REsp 1117633/RO, ReI. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/3/2010, DJe 26/3/2010.

[3] TEUBNER, Gunther. Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. *Modern Law Review*, v. 61, p. 11-32, 1998.

[4] RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p.257.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-dez-18/direito-comparado-artigo-19-mci-especie-inconstitucionalidade/>