



Direito Comparado: Liberdades comunicativa e vida privada no Marco Civil

Spacca

Iniciou-se o exame do marco civil da internet, aprovado pela Lei 12.965, de 23 abril de 2014, ainda em período de *vacatio legis* de 60 dias, contados de sua publicação no dia 24 de abril de 2014, na [coluna anterior](#). Volta-se agora ao estudo dessa importante legislação, cujo alcance não se restringe apenas ao Direito Público, mas também ao Direito Privado.

Os *princípios* da disciplina do uso da internet no Brasil estão indicados no artigo 3º da nova lei. O primeiro deles é a “*garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal*” (inciso I).

A referência ao texto constitucional seria desnecessária, porque óbvia a conformação desses princípios ao quanto disposto nos artigos 5º, inciso IX, e 220 da Constituição, continente do que a doutrina alemã denomina genericamente de *liberdades comunicativas*.

Independentemente do caráter expletivo desse inciso, é compreensível que o legislador haja pretendido enfatizar seu compromisso com a proteção dos conteúdos jurídicos ali enunciados.

Os incisos II e III também formulam princípios constitucionais, ainda que em linguagem um tanto diversa, como o da “*proteção da privacidade*” e da “*proteção dos dados pessoais, na forma da lei*”. A conexão com o artigo 5º, incisos X (inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas) e XII (inviolabilidade do sigilo de dados) é também facilmente assimilável.

Ao prestigiar os princípios da proteção às liberdades comunicativas e à privacidade e à proteção dos dados pessoais, a lei transferiu para o plano infraconstitucional um debate sobre os limites das liberdades comunicativas, que já se encontra bastante avançado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de alguns tribunais estaduais. São paradigmáticos dessa questão na jurisprudência os casos Ellwanger[1], da Lei de Imprensa[2] e dos humoristas[3].

Interessa saber, no entanto, como esses princípios terminaram por se converter em regras no corpo da lei instituidora do marco civil da internet.

Essa questão pode-se dividir em dois itens. O primeiro sobre as liberdades comunicativas e o segundo sobre a proteção de dados pessoais. Para esta coluna, até por sua extensão, ficar-se-á apenas com a relação entre as liberdades comunicativas e a proteção da intimidade.

Liberdades comunicativas e intimidade: princípios que se convertem em regras e conflitos que não se resolvem

De princípio, a “*proteção à privacidade*” (inciso II do artigo 3º, Lei do Marco Civil) tornou-se direito do usuário e ganhou outro *nomen iuris* no inciso I do artigo 7º da lei sob estudo, que assegura àquele a “*inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”



Otavio Luiz Rodrigues
Professor da USP



Admitindo-se que o legislador quis dizer privacidade no lugar de intimidade, a despeito da assimetria conceitual existente, houve aqui a criação de um direito, que se reconduz a um princípio. Com a estrutura de regra tem-se: (a) a intimidade e a vida privada do usuário são protegidas; (b) a violação desse direito implicará ressarcimento. E como se dá essa violação? E se o fato, a imagem ou a opinião, relativos à intimidade e à vida privada, forem divulgados como expressões de uma liberdade comunicativa?

Bem, antes de se responder a essas duas perguntas, é necessário perceber que o artigo 8º, *caput*, da Lei do Marco Civil, “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet”, sendo certo que “são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput” (parágrafo único do artigo 8º), além de outras que impliquem violação ao sigilo das comunicações privadas e sua inviolabilidade (inciso II do artigo 8º), bem com as que, em contrato de adesão, “não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil” (inciso II do artigo 8º).

O legislador, no artigo 8º, tentou uma difícil compatibilização dos dois princípios enunciados no artigo 3º, ao colocar, desta vez como regra, que as liberdades comunicativas e a proteção à privacidade (não mais a intimidade ou a vida privada, como no artigo 7º) não só integram o suporte fático do direito de acesso à internet, como também *condicionam* seu exercício. Trata-se de um limite interno ao direito à liberdade comunicativa (princípio no artigo 3º e direito assegurado por uma regra no artigo 8º). Ter-se-ia, portanto, como impeditiva ao exercício do direito de acesso à internet a violação das liberdades comunicativas e da privacidade. Remanesce o problema: como resolver a situação decorrente de um exercício de direito que se invoque, simultaneamente, a violação e a observância desses deveres e direitos?

Nesse ponto, surge a seção III do capítulo III da Lei 12.965, de 23 abril 2014, em cujos artigos 18 a 21 se encontram soluções legislativas para um problema que a jurisprudência vem tratando de resolver há algum tempo, por meio de critérios que já foram resumidos em outras colunas. Na essência ter-se-ia que:



“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’ [8]; 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)’ [9]”. [4]

Na prática, os provedores seriam responsáveis subjetivamente pelos conteúdos que violassem direitos da personalidade (embora não apenas esses) das vítimas, desde o instante em que houvessem sido comunicados e se quedassem inertes pelo prazo de 24 horas.

A Lei do Marco Civil, em seu artigo 18, expressamente cria uma zona de não responsabilidade dos “provedores de conexão à internet” ao afirmar que estes não serão responsabilizados “*civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros*”. A conexão de acesso, ainda conforme o glossário contido no art. 5º da lei, é o mesmo que habilitar “*um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP*” (inciso V). Esta norma está de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Ao que a lei chama de “provedor de aplicações de internet”, no entanto, deu-se tratamento diverso à experiência jurisprudencial consolidada. O artigo 19 da Lei do Marco Civil, invocando a proteção da “*liberdade de expressão*” o impedimento da censura, afirma que “*o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário*”.

A norma tornou cogente a judicialização da pretensão da vítima, que alegue ter sofrido dano decorrente de conteúdo gerado por terceiros. O provedor de aplicações deverá ser compelido judicialmente a retirar esse conteúdo, o que se dará, ainda, em conjugação a outros requisitos: a) a ordem judicial, para não se considerada nula, deverá indicar de modo claro e específico qual o “*conteúdo apontado como infringente*”, de modo a que se torne possível “*a localização inequívoca do material*” (artigo 19, parágrafo 1º); b) é possível que o provedor de aplicações seja exonerado de responsabilidade se comprovar que a retirada do conteúdo ultrapassa o “*âmbito*” e os “*limites técnicos do seu serviço*” (artigo 19, *caput*, parte final).

As ações destinadas a suprimir conteúdos ofensivos poderão tramitar em juizados especiais. Em mais um problema terminológico da lei, que poderá gerar dúvidas absolutamente dispensáveis, essa abertura para os juizados especiais diz respeito a “*causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de*



internet” (parágrafo 3º do artigo 19).

Evidentemente que haverá ações que não objetivem a reparação de danos, mas somente a cessão da exposição dos conteúdos, ou que venham a tutelar direitos outros que não os da personalidade ou os ligados à honra ou à reputação (supondo-se que estes também não se enquadrem no conceito de direitos da personalidade). Nessa hipótese, ainda assim será possível promover essas ações nos juizados especiais? A interpretação literal conduz a uma resposta negativa. Mas, para salvar a norma de uma resposta insuficiente do ponto de vista finalístico, não faltarão soluções *contra legem*, em ordem admitir que quaisquer ações que versem sobre direitos tutelados no marco civil sejam propostas *também* nos juizados especiais.

A tutela antecipatória nas ações relativas aos conteúdos ofensivos é permitida no parágrafo 4º do artigo 19. A lei criou um requisito próprio para as tutelas antecipadas, para além dos existentes no Código de Processo Civil, que vem a ser “*o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet*”. O alcance desse novo requisito é também digno de muita reflexão. Está a se dizer que, se for socialmente relevante a informação, o direito à intimidade cederá ante a liberdade comunicativa. Não seria melhor simplesmente manter o conflito entre os princípios anunciados no artigo 3º e deixar de lado um conceito jurídico indeterminado alheio a esses dois núcleos?

Bem, é perceptível que, tanto na judicialização do procedimento, quanto neste novo requisito específico para a tutela antecipatória nas ações do marco civil, o legislador agiu de maneira da atribuir mais peso ao princípio das liberdades comunicativas em detrimento da proteção à intimidade. Ultrapassam os limites desta coluna o debate sobre a legitimidade dessa escolha do legislador democrático. Essa opção, no entanto, veio em contradição com a supressão da via administrativa, mais simples, acessível e protetiva dos direitos das vítimas.

O artigo 20, por sua vez, assume um caráter mais expletivo do que prático: se há ordem judicial e foi possível identificar o autor do conteúdo danoso, esse sujeito será atingido pela determinação do Poder Judiciário. Logo, qual a utilidade da exigência de que o provedor de aplicações de internet comunique-lhe “*os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário*”? O ideal seria ter sido criada uma regra procedimental para a retirada administrativa.

Na próxima coluna, enfrentar-se-ão outras questões relativas à seção III do capítulo III da Lei nº 12.965, de 23 abril 2014, com a contribuição do Direito estrangeiro.

[1] STF. HC 82424, Relator Min. Moreira Alves, Relator p/ acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004.

[2] STF. ADPF 130, Relator Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, RTJ 213/20.



[3] STFADI 4451 MC-REF, Relator Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2010, DJe 24-8-2012).

[4] RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Quais os limites para rede social responder por danos? **Consultor Jurídico**, 6.3.2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-mar-06/direito-comparado-quais-limites-redes-sociais-responderem-danos>. Acesso em 6-5-2014.

Date Created

07/05/2014