

---

## Fernando Rossi: Marco Civil da Internet prejudica reparação civil

Novamente gostaria de chamar a atenção do leitor ao Marco Civil da Internet, em especial por, desde 23 de abril através da Lei 12.965/2014, criar uma verdadeira blindagem ao provedor de aplicações de internet, aqui englobado, dentre outros, qualquer tipo de rede social existente, no que tange à responsabilização desta por conteúdos ilícitos publicados por seus usuários, e, conseqüentemente, consumidores.

Em 23 de março, quando ainda em discussão o Marco Civil como Projeto de Lei 2.161/2011, chamei a atenção a respeito do já discutido retrocesso legislativo diante da verdadeira inibição à solução extrajudicial e judicialização compulsória imposta por seu artigo 15, que apenas responsabilizaria a rede social caso a remoção do conteúdo ofensivo não se desse após mandado determinação judicial (até então a jurisprudência trilhava o caminho de configuração do ato ilícito caso o provedor nada fizesse quando notificado extrajudicialmente a respeito)[1].

Infelizmente, como já era de se esperar, este dispositivo do projeto persistiu, tendo apenas o artigo tido sua numeração alterada de 15 para 19, porém, este “pequeno” problema é apenas a ponta do iceberg, vez que o dispositivo, ao fundo, acaba por, praticamente, blindar praticamente por completo qualquer possibilidade do provedor de aplicações de internet de sofrer qualquer tipo de represália por qualquer tipo de conteúdo publicado e veiculado através de seus serviços, e, pior do que isto, o dispositivo legal mostra-se expressamente embasado em um direito fundamental de primeira dimensão, qual seja, a liberdade de expressão.

Antes de tecer maiores comentários a respeito da mencionada blindagem, gostaria aqui de fazer uma breve reflexão sobre a liberdade de expressão exercida através de redes sociais e derivados.

Isso porque, está mais do que na hora de ter-se mente que uma rede social não é um mundo à parte, um portal da diversão, tampouco uma zona de liberdade sem limites. Ela é (e sempre foi), uma fornecedora de serviços, e mais do que isto, um negócio que visa o lucro, no mais das vezes, obtido através de inserções publicitárias de toda ordem, e tal qual qualquer tipo de atividade econômica, tem ela de conviver com o risco inerente à sua própria atividade.

É, basicamente, um serviço de comunicação interpessoal realizado via internet, e, como tal, por ser prestado com regularidade e habitualidade, bem como por manter inegável finalidade lucrativa (afinal, não custa lembrar que o Facebook possui valor de mercado em valor superior a US\$ 1 bilhão) certo é que figura ela como fornecedor por preencher, rigorosamente, todos os requisitos descritos no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, da mesma maneira que não se resta dúvida que seus usuários são, em extrema maioria, consumidores, afinal, fazem uso deste serviço, no mais das vezes, como destinatários finais ao utilizarem-no para uso próprio, qual seja, lazer, informação e diversão.

Com base nisto, pode-se chegar à conclusão de que não se trata de um exercício independente da liberdade de expressão como busca trazer o artigo 19 do Marco Civil, mas, em verdade, da expressão do pensamento com alcance potencializado através da contratação/aquisição de um serviço especializado para tanto, o que, minimamente, faz provocar uma reflexão sobre os ares de romantismo do dispositivo aqui em embate.

Sendo também a defesa do consumidor uma garantia fundamental (artigo 5, inciso XXXII, CF), opta o legislador infraconstitucional, quando da redação do mencionado artigo 19, por também fazer uso de outra garantia de mesma natureza (liberdade de expressão — artigo 5º incisos IV e IX, CF), para dar-lhe o mesmo peso e, assim, tentar relativizá-la a primeira, afinal, nenhum direito ou garantia, por mais basilar e fundamental que seja, pode ser interpretada como absoluta, nem a própria dignidade da pessoa humana, pois, caso alguém aqui duvide, peço questionarem um condenado em uma ação penal se sua dignidade está sendo preservada dentro da penitenciária, ou se a ameaça de lesão a este direito fundamental o impediu de cumprir a pena, desde que, evidentemente, não seja ele Henrique Pizolatto.

Todavia, como dito logo acima, sendo o provedor de aplicações de internet uma pessoa jurídica que exerce uma atividade econômica e, ante sua difusão social obtida nos últimos anos, mais do que óbvia é a relevância à comunidade mundial deste serviço prestado, sendo capaz, inclusive, de afetar diretamente a economia ante o grandioso potencial publicitário e de marketing que esta ferramenta alcança, não se tratando, verdadeiramente, portanto, de um embate entre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais individuais como privacidade, honra e dignidade, ou ainda daquela com a defesa do consumidor, mas sim entre esta e a relevância socioeconômica da rede social.

O desenvolvimento econômico nacional, propulsionado pela liberdade de iniciativa não pode ser obstada por uma proteção ao consumidor desproporcional ou extremamente incisiva a ponto de inviabilizar o exercício da atividade econômica, este, inclusive, é o expresso mandamento do artigo 4º, III do CDC ao determinar, dentro da Política Nacional das Relações de Consumo, a existência de uma harmonia entre os interesses de fornecedor e consumidor a fim de que sejam suas expectativas atingidas, respeitadas e preservadas dentro da relação de consumo, não se podendo olvidar, inclusive que, ainda que se admita a existência de forte posicionamento doutrinário em sentido contrário, a liberdade de iniciativa, por derivativo da liberdade individual e da liberdade de exercício profissional, possui o mesmo *status* fundamental da defesa do consumidor.

Tem-se, portanto, que a verdadeira questão está na viabilidade econômica do provedor de aplicações exercer o controle prévio de conteúdo que for veiculado através dele, e a resposta, infelizmente, se mostra negativa, até mesmo por um contexto fático, para realização de um controle prévio seria necessária a contratação de um grupo de dezenas de milhares de pessoas preparadas para filtro prévio das mensagens e imagens publicadas, o que majoraria de modo praticamente incalculável o custo operacional da rede social, bem como acabaria por ceifar a imediatista característica do serviço de comunicação oferecido, vindo, em última análise, torna-lo inócuo e não atrativo.

E ainda que se falasse em uma liberdade de expressão pura e simples, pode-se admitir que tal direito fundamental permite a ofensa gratuita a outrem? Permite-se o desrespeito à privacidade e intimidade alheia? Evidentemente que não, até mesmo por configurarem-se estes como direitos e garantias igualmente fundamentais e inserto no rol do artigo 5º da Constituição Federal.

Todavia, ainda que não se possa sustentar a ocorrência de uma moderação prévia de conteúdo, não em respeito ao argumento de fachada da liberdade de expressão (afinal, como dito, expressa-se não de maneira independente na internet, mas através da aquisição de um serviço especializado para tanto), e sim em respeito à atividade e relevância econômico-social da rede social, não se pode coadunar na supressão do risco operacional de sua atividade econômica a ponto de blindá-la juridicamente de praticamente qualquer tipo de responsabilidade civil decorrente dos conteúdos ilícito eventual (e corriqueiramente) postados por seus consumidores, ou ainda torna-la quanto muito subsidiária em casos extremos e excepcionais.

Diz-se blindagem pelo próprio teor da redação do artigo 19 e pela própria composição jurídica para configuração de responsabilidade civil.

Explico!

O artigo 19 do Marco Civil da Internet é claro em afirmar 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*”.

Sem maiores divagações, elenca-se os elementos essenciais para configuração da responsabilidade civil: (i) Ato; (ii) Dano; (iii) Nexo Causal; e, sendo a responsabilidade subjetiva (o que aqui não é o caso), (iv) Culpa, não custando lembrar que na ausência de quaisquer deles, não se estará configurado o dever de indenizar.

Pois bem. Fazendo-se um breve estudo analítico de mencionado dispositivo legal, apenas se verá configurada o Ato, ou seja a conduta, (no caso concreto uma conduta negativa e/ou omissão), em havendo inércia da empresa responsável pela rede social em promover a remoção do conteúdo após ordem judicial, o que significa dizer que, até a negativa da ordem judicial não incorreu ela em qualquer tipo de ilícito.

Dito isto, pelo texto legal, caso pretenda o consumidor lesado ver-se indenizado a título de danos morais, e não estando o seu caso dentre as exceções extremas trazidas no artigo 21 (que, basicamente, abarcam ofensas envolvendo conteúdo sexual, o que, convenhamos, ainda que com maior exposição midiática, correspondem à esmagadora minoria dos casos) não poderá buscar sua reparação diretamente ao provedor de rede social, ainda que desconhecido o autor da ofensa.

Ao bem da verdade, pela regra geral do artigo 19, há uma verdadeira blindagem à reparação civil pelo provedor de aplicações de internet, afinal, como o ilícito apenas se configurará após a negativa de cumprimento à determinação judicial, certo é que ao consumidor, caso insista na reparação civil por

---

parte da rede social, deverá, após a configuração do ato ilícito (ordem judicial não cumprida) intentar com uma segunda demanda (primeira proposta para remover conteúdo), vez que nosso ordenamento jurídico não admite à propositura de ação por dano eventual ou hipotético, afinal, pela sistemática processual vigente não se pode formular um pedido para que a rede social, caso descumpra a ordem judicial, também veja-se condenada ao pagamento de danos morais, por exemplo, sem falar que, ante as habituais *astreintes*, certamente nos veríamos diante de uma dupla punição ao provedor, o que também é vedado.

Moral da história: Se minha primeira preocupação foi apenas com relação ao retrocesso ante a não mais possibilidade de solução extrajudicial, percebo agora que o buraco é mais embaixo, pois, ainda que a solução se dê por via judicial, a efetiva reparação do consumidor lesado pelo conteúdo propagado através do serviço de nome rede social sofre um duríssimo golpe, e o pior, em prol (de fachada, repita-se) da liberdade de expressão, o que é verdadeiramente lamentável.

O prejuízo ao consumidor também se sustenta diante dos casos excepcionais lançados no artigo 21, que, por taxar a responsabilidade subsidiária, igualmente, colide com a sistemática do Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade solidária entabulada como regra em seu artigo 7º parágrafo único.

Todavia, teriam estas novas restrições e limitações legislativas baliza constitucional?

A resposta, felizmente, parece ser negativa, afinal, não é bem a defesa do consumidor que se configura como direito fundamental, mas sim o dever do Estado em promovê-la, o que significa dizer que a garantia fundamental descrita no artigo 5º, inciso XXXII é um comando para que o Estado haja para viabilizar a proteção do consumidor, não se permitindo, portanto, que atue com fins de limitá-la abruptamente (daí que se diz sobre o princípio da vedação ao retrocesso).

Ora, configurando-se o Estado brasileiro como a união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (artigo 1º da CF) e sendo os Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, resta-se mais do que evidente que não pode o legislador pátrio agir como agiu ao ceifar, de maneira deliberada e, pior, com fundamento mais poético do que jurídico, a proteção do consumidor e limar a reparação integral deste de maneira desproporcional.

É bom deixar claro que o Estado pode, em situações excepcionais, limitar a proteção do consumidor quando estiver diante de interesses inclusive econômicos, em situação similar ao que faz diante de questões ambientais, pelo o princípio do desenvolvimento sustentável e também pelo próprio permissivo legal contido no 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, todavia, o que não se pode admitir que tal alteração se dê de modo desarroado e em franco desequilíbrio à parte vulnerável.

A antiga sistemática, permitindo-se a solução por via extrajudicial e a configuração do ilícito pela rede social quando inerte à notificação do consumidor usuário mostrava-se equilibrada, vez que respeitosa ao consumidor em ter sua efetiva, célere e menos onerosa reparação, da mesma forma que também respeitava o livre desenvolvimento da atividade do fornecedor do serviço de comunicação interpessoal através da internet, no caso, a rede social.

Infelizmente, uma vez mais, o legislador brasileiro aprontou das suas e novamente, caberá ao Poder Judiciário fazer seu papel corretivo à atuação legislativa, espera-se, apenas, que este tenha o bom senso

jurídico que dele se espera.

[1] Artigo anterior publicado na edição de 23/03/2014 na Revista Consultor Jurídico e disponível através do link: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-23/fernando-rossi-marco-civil-internet-prejudica-solucao-extrajudicial>

**Date Created**

11/11/2014