

# Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso?

## A Responsabilidade Civil por Dano derivado do Conteúdo Gerado por Terceiro

Anderson Schreiber

Professor de Direito Civil da UERJ. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Privado Comparado pela *Università degli studi del Molise* (Itália). Mestre em Direito Civil pela UERJ. Membro do Forum Permanente de Direito do Consumidor da EMERJ.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Liberdade de expressão no universo virtual. Redes sociais e *hate speech*. Determinismo tecnológico e o papel do direito. A responsabilidade civil por dano derivado de conteúdo gerado por terceiro. 3. Posicionamento da jurisprudência brasileira anteriormente ao Marco Civil da Internet. A questão da identificação do terceiro. A importação do *notice and takedown*. 4. O artigo 19 do Marco Civil da Internet: flagrante retrocesso. Engessamento da tutela. Nem *notice*, nem *takedown*. Importação ou deturpação? 5. Inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet. Violação à garantia constitucional de reparação plena e integral por danos à honra, privacidade e imagem (CF, art. 5º, X). Violação ao princípio do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV). Desrespeito à vedação de retrocesso. Inversão axiológica. 6. Uma proposta de salvação: interpretação conforme ao art. 5º, X, da Constituição da República. Exegese do art. 21 do Marco Civil da Internet. Identidade de fundamento. Desnecessidade de notificação judicial. 7. O problema da supressão. Outros remédios aplicáveis ao ambiente virtual: desidentificação, indexação adequada, contextualização. Direito ao esquecimento na internet. 8. A questão do conteúdo próprio. O caso Nissim Ourfali e o direito de arrendimento na postagem de conteúdo próprio. 9. Conclusão.

“Ó liberdade, quantos crimes se praticam em teu nome!”  
Manon Roland

### 1. Introdução

Iracema Cristina, psicóloga de uma empresa comercial de grande porte, teve seu nome inserido, à sua revelia, em um site de encontros românticos. Ao lado do seu nome completo e do seu verdadeiro número de telefone de trabalho, o site veiculava a seguinte informação sobre Iracema: “pessoa que se propõe a participar de programas de caráter afetivo e sexual”.<sup>1</sup> Para obter a retirada do seu nome do site, Iracema precisou propor

---

<sup>1</sup> STJ, REsp 566.468/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 23.11.2004. O nome da autora foi alterado para evitar sua identificação.

ação judicial, no âmbito da qual chegou a afirmar, em depoimento pessoal, que receava perder o emprego por conta da constrangedora exposição que vinha sofrendo.

Bem longe de mera brincadeira de mau gosto, perfis falsos e outras formas de divulgação de informação inverídica na internet podem gerar danos irreparáveis às pessoas que são vítimas da sua utilização. A divulgação de informações falsas ou difamatórias no universo virtual produz efeitos muito reais, que vão de simples desconfiança ao esfriamento de relações profissionais e pessoais, abrangendo, por vezes, medidas mais objetivas como o preterimento em promoção ou em entrevista de emprego, a demissão ou até a ruptura de relacionamentos afetivos. Vítimas frequentemente ficam marcadas pelo episódio e passam a ser vistas como pessoas descuidadas e displicentes, mesmo quando não tenham contribuído com seu comportamento para aquele resultado. O argumento do “tem um fundo de verdade”, tão corriqueiro na sociedade brasileira, não se dissipa com facilidade e a supressão do conteúdo falso ou difamatório da internet revela-se apenas o primeiro passo de um longo caminho a ser percorrido pela vítima na restauração da sua reputação.

Não bastasse isso, trata-se de um primeiro passo que encontra enorme resistência. A supressão das informações lesivas – mesmo nas hipóteses em que ostentam uma falta flagrante de veracidade – é medida evitada por muitas das empresas que exploram o ramo das redes sociais e dos sites de relacionamento. Afigura-se emblemático o caso de Adriana Valença, que viu fotos verdadeiras tiradas para um “book” irem parar na rede, em um perfil falso criado no *Facebook*, que, ao lado seu número de celular, apresentava a informação de que Adriana era “garota de programa”. Adriana passou a receber ligações telefônicas de “clientes” interessados em contratar seus supostos serviços e passou a ser vista com suspeita por pessoas que a conheciam. Tentou, de toda forma, que o conteúdo falso fosse retirado do ar, enviando e-mails à rede social, mas afirma que não obteve sequer uma resposta. Restou-lhe a via judicial, com todos os custos e dispêndios envolvidos.<sup>2</sup>

Tais ações judiciais que poderiam parecer simples e até desnecessárias, em uma primeira análise, convertem-se, não raro, em intermináveis batalhas jurídicas. A necessidade de defesa da honra encontra, frequentemente, um obstáculo grandioso, que vem se tornando uma verdadeira bandeira da sociedade contemporânea: a liberdade de expressão no universo virtual.

---

<sup>2</sup> TJSP, Apelação Cível 0173842-95.2012.8.26.0100, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 21.1.2014. Confira-se também a reportagem “‘Fui motivo de piada na rua’ diz usuária que ganhou processo contra Facebook”, publicada em fevereiro de 2014 no site *JusBrasil* ([www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)). O nome da autora foi, também aqui, alterado para evitar sua identificação.

## **2. Liberdade de expressão no universo virtual. Redes sociais e *hate speech*. Determinismo tecnológico e o papel do direito. A responsabilidade civil por dano derivado de conteúdo gerado por terceiro.**

A internet é usualmente vista como uma aliada da liberdade de expressão. Sua capacidade de “amplificar” o alcance das manifestações individuais é frequentemente apontada como um estímulo à livre circulação das idéias. As redes sociais, por exemplo, estariam, no dizer de muitos teóricos da tecnologia, criando um novo espaço público, onde a livre manifestação das opiniões tenderia a alcançar níveis quase arcadianos. A internet representaria, assim, uma renovada esperança de realização da democracia, com a criação de um ambiente plenamente aberto às discussões éticas, culturais, políticas e de outras tantas espécies.<sup>3</sup>

Uma visita rápida às redes sociais mais acessadas do mundo (*Facebook, Twitter* etc.) revela uma realidade menos entusiasmante. Longe de um idílico fórum de debates, o que se vê ali, com maior frequência, é um desfile de manifestações unilaterais que não parecem compor um efetivo diálogo. As mensagens divulgadas em redes sociais acabam assumindo, muitas vezes, um caráter unilateral, quase publicitário, de autoafirmação da identidade criada pelo emissor, que as fazem soar tão pouco abertas ao debate quanto “as mensagens iconoclásticas coladas nos vidros dos carros”.<sup>4</sup> De outro lado, o público – composto pelos “amigos” ou “seguidores” ou “amigos dos amigos” ou simplesmente gente que “você talvez conheça” – normalmente desempenha um papel mais passivo, concentrado quase sempre sobre atos minimalistas como “curtir” ou “compartilhar”, e só mais raramente se dispendo a discutir, de fato, as ideias veiculadas. Para alguns pensadores, o público da internet não é construído e buscado como um efetivo interlocutor, mas representa, muitas vezes, mero certificador instrumental da existência do emissor da mensagem e da sua própria capacidade de “publicar” sua opinião. Nas palavras de Francis Jauréguiberry, “os outros são procurados com o único propósito de atestar, estimular e bajular os eus virtuais dos internautas”.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Nessa direção, ver Pierre Lévy: “O ciberespaço, interconexão dos computadores do planeta, tende a tornar-se a principal infra-estrutura de produção, transação e gerenciamento econômicos. Será em breve o principal equipamento coletivo internacional da memória, pensamento e comunicação. Em resumo, em algumas dezenas de anos, o ciberespaço, suas comunidades virtuais, suas reservas de imagens, suas simulações interativas, sua irresistível proliferação de textos e de signos, será o mediador essencial da inteligência coletiva da humanidade.” (*Cibercultura*, São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 167)

<sup>4</sup> Zygmunt Bauman, *Vida para Consumo – A Transformação das Pessoas em Mercadorias*, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 138.

<sup>5</sup> Ainda nas palavras do autor: “Na busca da auto-identificação bem sucedida, os indivíduos auto-manipuladores mantêm uma relação bastante instrumental com seus interlocutores. Estes últimos só são admitidos para certificar a existência do manipulador – ou, mais exatamente, para permitir que os manipuladores façam seus ‘eus virtuais’ caírem na realidade.” (Francis Jauréguiberry, *Hypermodernité et manipulation de soi*, in Nicole Auber (org.), *L’individu hypermoderne*, Toulouse: Érès, 2004, pp. 155-168).

O almejado desempenho dessas redes sociais como espaço de livre discussão de ideias é, de certa forma frustrante. Sua prometida contribuição para a política – no seu sentido genuíno de discussão dos assuntos relativos aos cidadãos e ao exercício da cidadania – é pequena ou, na opinião de alguns autores, até mesmo negativa, na medida em que a emissão espasmódica de “opiniões políticas” nas redes sociais acaba também por esvaziar, por meio de uma espécie de desabafo público cibernético, a ânsia de alteração do real. Desse modo, como alerta Thomas Frank, “a política se torna basicamente um exercício de autoterapia individual, uma realização individual, não um esforço voltado à construção de um movimento”.<sup>6</sup> A tecnologia que prometia intensificar a democracia periga se converter em mecanismo de preservação do *status quo*. Vislumbra-se o risco daquilo que Zygmunt Bauman denomina uma “dispensa honrosa da política do real”:

“Os servidores engolem e armazenam as marcas de dissensão e protesto para que a política líquido-moderna possa ir em frente sem sofrer influências nem interrupções – substituindo o confronto e a argumentação por frases descontextualizadas e oportunidades para fotos. (...) quando a discordância viaja em direção a armazéns eletrônicos, ela é esterilizada, neutralizada e tornada irrelevante (...) A política real e a política virtual correm em direções opostas, e a distância entre ambas cresce na proporção em que a autossuficiência de cada uma se beneficia da ausência da companhia da outra.”<sup>7</sup>

À parte essas preocupações de caráter mais genérico e abstrato, parece inegável que a comunicação virtual assume frequentemente um caráter autocêntrico, que acaba por conduzir, em muitos casos, a radicalizações e extremismos. No cenário brasileiro, por exemplo, não se pode desconsiderar o amplo volume de manifestações ofensivas (incluindo xingamentos e outras deselegâncias) que povoa as redes sociais. Nem se deve ignorar o papel da comunicação virtual na extremização dos embates que cercaram a última eleição presidencial brasileira (2014), especialmente no segundo turno, em que acabou elevada a níveis de perigo real a agressividade das manifestações virtuais de partidários de ambos os candidatos – e até de pessoas que se mostram politicamente pouco engajadas na vida real. E, se é verdade que, um ano antes das referidas eleições, as redes sociais vinham sendo festejadas como *locus* de mobilização política, por ter servido de instrumental importante nas manifestações de junho de 2013, também é verdade que tais manifestações se caracterizaram justamente pela ausência de pleitos definidos, reunindo pessoas mais em torno de um sentimento geral e difuso de insatisfação e revolta que propriamente em torno de objetivos práticos a serem alcançados. Daí talvez a

---

<sup>6</sup> Thomas Frank, *Le Marché de Droit Divin*, Paris: Lux, 2004, apud Zygmunt Bauman, *Vida para Consumo*, cit., p. 138.

<sup>7</sup> *Vida para Consumo*, cit., pp. 139-140.

associação involuntária dessas manifestações com o vandalismo que delas irrompia como elemento francamente minoritário, mas constante (vandalismo que, como toda explosão de violência, reflete o sentimento bruto que não consegue se “comunicar” em projetos reais), e a sensação geral de que, ao fim e ao cabo da onda de mobilização, “nada aconteceu”, “nada mudou”, haja vista a ausência de consequências concretas perceptíveis e seguramente esperadas diante da grandiosidade do mote segundo o qual “o gigante acordou”. As mobilizações cessaram de modo tão abrupto e repentino quanto se iniciaram, como se tivessem sido “desplugadas” ou “desconectadas” da rede, com a velocidade típica dos “cliques”, confirmando, de certo modo, a tese de Bauman, para quem “a ‘rede’ parece, de maneira perturbadora, uma duna de areia soprada pelo vento e não um canteiro de obras onde se poderão estabelecer vínculos sociais confiáveis”<sup>8</sup> ou – acrescente-se – exercer uma liberdade política voltada à obtenção de reais transformações da sociedade.

O problema não se resume, contudo, a uma ausência de efetividade concreta da propalada liberdade de expressão no universo virtual, mas atinge a própria essência da liberdade de expressão, na medida em que as novas formas de comunicação na internet, se aparentemente incentivam o exercício dessa liberdade, em cada vez maior medida também a oprimem. Não há aqui um paradoxo. O extremismo e o radicalismo – fruto do caráter individualista que vem se ampliando nesses novos ambientes comunicativos – descambam, não raro, para agressões verbais, rotulações estigmatizantes e discursos de ódio que se espalham pela rede. A ideia de que a internet é um espaço de máxima liberdade – imune, por sua ausência de base geográfica, a controles normativos ou governamentais – contribui, em certa medida, para novas formas de opressão, como o *bullying* virtual e o chamado *online hate speech*, revelando o que tem sido chamado de “*dark side*” das redes sociais: seu crescente papel na propagação do ódio.<sup>9</sup>

Diante dessas novas formas de opressão, há quem se conforme, dizendo que a internet é assim mesmo;<sup>10</sup> quem quiser que se mantenha distante do mundo virtual. A abstinência virtual, todavia, não representa uma alternativa concreta para as novas gerações, que não se limitam a utilizar as redes sociais para fins de dilação, mas que *precisam* acessá-las também para obtenção de utilidades que transcendem o lazer, como,

---

<sup>8</sup> *Vida para consumo*, p. 137.

<sup>9</sup> Tom Clarke, *Social Media: the new frontline in the fight against hate speech*, in *minorityrights.wordpress.com*, 30.10.2013.

<sup>10</sup> Um exemplo dessa postura está na lamentável decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 844.736/RJ, em que se concluiu que o envio de spam após expressa solicitação de não-recebimento não configura dano moral, competindo ao usuário contratar um serviço de anti-spam (restou vencido, com voto substancioso, o Min. Luis Felipe Salomão). Um dos Ministros que acompanhou o entendimento vencedor chegou a afirmar: “O *spam* é algo a que se submete o usuário da internet. Não vejo, a esta altura, como nós possamos desatrelar o uso da internet do *spam*.” (notícia do julgamento disponível no *site* oficial do Superior Tribunal de Justiça sob o título *Quarta Turma não Reconhece Dano Moral por Envio de SPAM Erótico a Internauta*, 3.11.2009).

por exemplo, ter acesso a avisos de representantes de turma em escolas e faculdades ou, ainda, a dados de eventos voltados ao público jovem, que, muitas vezes, são divulgados exclusivamente via redes sociais. A abstinência virtual não é uma solução satisfatória, na medida em que, embora menos violenta que as agressões virtuais, representa igualmente uma forma de exclusão e, portanto, de aniquilamento da liberdade de expressão, dentre outras liberdades.

O único caminho, portanto, é a aplicação de normas que assegurem que a liberdade de expressão não seja exercida em desfavor de si própria. Como já se disse no passado em relação à liberdade de contratar,<sup>11</sup> também a liberdade de expressão é “autofágica”, no sentido de que, em qualquer ambiente em que haja desigualdade de forças, a liberdade de expressão do mais forte tende a subjugar a liberdade de expressão do mais fraco. Em cenários desiguais, a ausência de normas não costuma resultar em maior liberdade, mas, ao contrário, em *mera aparência de liberdade*, na medida em que a omissão normativa beneficia tão-somente aqueles que, detendo maior poderio econômico e técnico, se vêem, finalmente, livres para perseguir seus interesses sem precisar respeitar regras instituídas no interesse da sociedade como um todo.

É preciso compreender que o ambiente virtual, ao menos em seu desenho atual, não configura um *locus* paradisíaco para o encontro de indivíduos dispostos a debater livremente suas ideias, mas consiste, antes de tudo, em um espaço de atuação do mercado. Como lembra Marvin Ammori, os integrantes dos departamentos jurídicos de empresas como Google e Twitter “*have business reasons for supporting free expression.*”<sup>12</sup> Sites de relacionamento e redes sociais são um bem sucedido modelo de negócios, que, sob a aparência de entretenimento quase distraído, esconde uma indústria de cifras significativamente maiores que a própria mídia tradicional. Esse é um aspecto que não pode simplesmente ser desconsiderado em debates envolvendo a aplicação de normas jurídicas ao espaço virtual.

A ideia de que a internet deve ser um espaço livre da incidência de qualquer espécie de norma representa, hoje, uma proposta essencialmente romântica.<sup>13</sup> Manter a

---

<sup>11</sup> Enzo Roppo, *O Contrato*, Coimbra: Almedina, 1988, p. 38.

<sup>12</sup> E completa: “*Indeed, all of these companies talk about their businesses in the language of free speech. Google’s official mission is ‘to organize the world’s information and make it universally accessible and useful.’ WordPress.com’s corporate mission is to ‘democratize publishing.’ Facebook’s is to ‘give people the power to share and make the world more open and connected.’*” (Marvin Ammori, *The “New” New York Times: Free Speech Lawyering in the Age of Google and Twitter*, in 127 *Harvard Law Review* 2259, June 20, 2014).

<sup>13</sup> Esse romantismo é bem representado na famosa *Declaração de Independência do Ciberespaço*, escrita em 1996 por John Perry Barlow, que, entre outros pontos, afirmava: “*We are creating a world that all may enter without privilege or prejudice accorded by race, economic power, military force, or station of birth. We are creating a world where anyone, anywhere may express his or her beliefs, no matter how singular, without fear of being coerced into silence or conformity. Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here.*” A íntegra da Declaração pode ser consultada em: <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>.

internet longe das balizas do Direito significa entregá-la ao comando do mercado: seu desenvolvimento deixará de ser guiado pelas normas jurídicas para navegar ao sabor dos interesses das grandes indústrias, o que seguramente não corresponde à visão de futuro daqueles que propugnam a mais absoluta liberdade na rede.<sup>14</sup> Enxergar o Direito como inimigo da liberdade é um equívoco metodológico profundo, na medida em que só em um ambiente normatizado o exercício da liberdade pode ocorrer sem o receio dos abusos, que representam a sua própria negação.

Voltemos ao caso de Iracema Cristina, que temia perder seu emprego por conta de um perfil falso que a difamava, ou ainda de Adriana Valença, que, rotulada na internet como “garota de programa”, passou a ser vista com suspeita no seu meio social mais próximo. A percepção do impacto devastador que a veiculação de material sobre uma determinada pessoa na internet pode produzir em sua vida real é apenas uma das muitas circunstâncias que confirmam a necessidade de aplicação das regras jurídicas ao mundo virtual. A internet não pode representar uma bolha de irresponsabilidade dentro da vida em sociedade.

Era o que já vinha sendo percebido pelos tribunais brasileiros, antes da promulgação do Marco Civil da Internet, em uma série de processos judiciais envolvendo vítimas de conteúdo veiculado por terceiros em redes sociais e sites de relacionamento. Para avaliar o tratamento reservado a essa matéria pelo Marco Civil da Internet, mostra-se imprescindível compreender qual era o estado da nossa jurisprudência anteriormente à promulgação da nova lei.

### **3. Posicionamento da jurisprudência brasileira anteriormente ao Marco Civil da Internet. A questão da identificação do terceiro. A importação do *notice and takedown*.**

A responsabilidade civil por veiculação na internet de conteúdo gerado por terceiros era tema que despertava intensos debates nos tribunais brasileiros anteriormente à promulgação da Lei 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet. Enquanto vítimas de conteúdo inverídico ou difamatório buscavam reparação, sociedades empresariais proprietárias de redes sociais e sites de relacionamentos sustentavam que não podiam ser responsabilizadas por conteúdo inserido por outros usuários, uma vez que lhes seria impossível monitorar todo o material inserido em seus sites.

---

<sup>14</sup> A tal propósito, é interessante notar como os pensadores liberais, que defendiam a ausência de intervenção do Estado-norma na internet, passaram a denunciar como forma de “censura” as normas criadas pelas próprias empresas de comunicação virtual, normas que, além de não contar com amparo nas normas estatais, são criadas e aplicadas de modo puramente privado, sem a publicidade e a transparência que caracterizam o processo legislativo estatal. Ver, sobre o instigante tema, Marjorie Heins, *The Brave New World of Social Media – How “terms of service” abridges free speech*, in 127 *Harvard Law Review*, F. 325, 20.6.2014.

Embora o quadro jurisprudencial fosse, ainda, muito diversificado e não se pudesse falar em posições unânimes ou consolidadas, o exame das decisões judiciais brasileira revelava uma firme marcha rumo à superação da tese da irresponsabilidade das sociedades empresariais proprietárias de redes sociais e sites de relacionamento. Tais proprietárias – que, no afã de afastar sua responsabilidade, preferem se autodenominar meras “gestoras”, mas que, em verdade, são juridicamente proprietárias da marca, do endereço eletrônico, do espaço publicitário e de tudo o mais que compõe a rede social – vinham sofrendo, Brasil afora, condenações por danos decorrentes de conteúdos postados por usuários de seus sites. Tais decisões fundavam-se ora no defeito do serviço prestado (CDC, art. 14) – fundamento que depende da caracterização da relação entre usuários e redes sociais como uma relação de consumo<sup>15</sup> –, ora na configuração da exploração da rede social como uma atividade de risco (Código Civil, art. 927, parágrafo único), tendo em vista o elevado potencial de danos inerente à criação de um espaço onde o conteúdo inserido assume dimensão pública, sem qualquer espécie de filtragem prévia.<sup>16</sup>

Sem desconhecer, nem desconsiderar a dificuldade técnica de monitoramento de todo o conteúdo postado, os tribunais brasileiros vinham apontando medidas que poderiam ser adotadas pelas proprietárias de redes sociais para prevenir ou atenuar os danos causados, como a identificação do indivíduo que divulga o conteúdo falso ou difamatório. Em caso envolvendo vítima de perfil falso no *Orkut*, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concluiu:

“Ainda que se considere a dificuldade de se fiscalizar os conteúdos de tudo o que é lançado nas páginas do Orkut, como sustenta a empresa ré, é possível verificar a procedência das informações, conforme, inclusive, foi feito após a apresentação desta apelação (...) logo, se a ré possui meios, como comprovou tardiamente, de identificar o autor da ofensa, e não o fez, responderá pelo anonimato deste, restando claro o dever de compensar o dano sofrido.”<sup>17</sup>

Em outro caso de perfil falso – envolvendo desta vez uma vítima que, ao lado da exibição do seu número verdadeiro de telefone, foi descrita como uma mulher “na idade

---

<sup>15</sup> Nessa direção, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já havia decidido, em 2012, que: “O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo ‘mediante remuneração’, contido no art. 3º, §2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor” (Recurso Especial 1.308.830/RS, j. 8.5.2012).

<sup>16</sup> Ver, a título ilustrativo, TJRJ, Apelação Cível 0006047-50.2009.8.19.0040, Rel. Des. Benedicto Abicair, j. 1.12.2009.

<sup>17</sup> TJRJ, Apelação Cível 2009.001.14165, Rel. Des. Alexandre Câmara, j. 8.4.2009. Trecho extraído do voto do Relator, acompanhado por seus pares.



da loba, faminta por sexo” – o mesmo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro foi mais longe, concluindo que a identificação do terceiro que divulga o conteúdo lesivo não exime de responsabilidade a empresa proprietária do site:

“A indicação, pelo demandado, do usuário que promoveu a inclusão do aludido falso perfil não afasta sua responsabilidade que, in casu, é objetiva. Cabe ao fornecedor desenvolver mecanismos de proteção com vistas a evitar fraudes, notadamente quando as ocorrências, como a descrita nestes autos, tornam-se frequentes, retirando-lhes o caráter de caso fortuito.”<sup>18</sup>

De modo geral, nossas cortes vinham entendendo que as sociedades empresárias que criam e exploram de algum modo redes sociais devem ser consideradas responsáveis pelos danos causados às vítimas de conteúdo lesivo. Não apenas porque proporcionam, como aspecto inerente à sua atividade, um espaço de propagação das mensagens dos seus usuários, mas também porque obtêm ganhos econômicos a partir da exploração direta ou indireta desse espaço comunicativo. Confira-se, nesse sentido, a tônica dada à matéria pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais mezinhos da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual.”<sup>19</sup>

Mesmo as decisões que prestigiavam a dificuldade técnica de monitoramento prévio do conteúdo postado nas redes sociais, não concluíam, em sua maioria, pela

---

<sup>18</sup> TJRJ, Apelação Cível 2009.001.41528, Rel. Des. Ernani Klausner, DJe 3.9.2009.

<sup>19</sup> STJ, Recurso Especial 1.117.633/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 9.3.2010. A situação, note-se, é análoga ao que já ocorre fora do mundo virtual, na prestação de serviços que podem ser manipulados por terceiros para gerar danos a usuários, como no caso da inscrição nos serviços de proteção ao crédito por dívida contratada com documentação falsa, hipótese que o STJ já decidiu recair dentro da esfera de responsabilidade da instituição financeira contratante, ainda que só tardiamente venha tal instituição a ter conhecimento da falsificação documental: “Tem-se tornado fato corriqueiro a ação de pessoas inescrupulosas especializadas na contratação de cartões de crédito com o CPF de pessoas já falecidas. Esses estelionatários utilizam-se do número do CPF de pessoa falecida para adquirir um cartão de crédito e utilizá-lo até a sua suspensão pelo inadimplemento de faturas. (...) A administradora de cartão de crédito, que normalmente celebra seus contratos via telefone ou internet, sem exigir a presença física do consumidor usuário do cartão de crédito, só toma conhecimento da fraude quando deflagra os procedimentos de cobrança extrajudicial. A jurisprudência desta Corte é tranquila no sentido de que o apontamento indevido do nome de consumidores em órgãos de proteção ao crédito produz danos morais, gerando obrigação de indenizar por quem procede à inscrição.” (STJ, Recurso Especial 1.209.474/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 10.9.2013).

irresponsabilidade das empresas, mas sim por uma espécie de responsabilidade *condicionada*, deflagrada tão-somente a partir do momento em que, comunicada da existência do material lesivo, deixava de adotar providências para retirar o referido material de seu site. Confirma-se nessa direção o seguinte acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em outro caso versando sobre perfil falso no *Orkut*:

“No caso vertente e numa primeira análise, comungo do entendimento da douta magistrada no sentido da impossibilidade de o provedor hospedeiro proceder à devida verificação prévia das 40 milhões de páginas existentes no *Orkut*. Isto numa primeira análise. No entanto, se assim é, não há dúvida de que, sendo solicitada a exclusão do perfil, aí então tem o provedor a obrigação de excluí-lo se falso e ofensivo à honra do retratado.”<sup>20</sup>

Por essa via transversa, começou a adentrar a realidade brasileira a chamada teoria do *notice and takedown*. Inspirada no *Digital Millennium Copyright Act*, a referida teoria nasce no campo do direito autoral, para criar uma espécie de exceção à responsabilidade por violação de direitos autorais na internet, assegurando imunidade aos provedores que atendessem prontamente à notificação do ofendido para a retirada do material impróprio. Com a notificação, o controvertido dever geral de monitoramento permanente da rede transforma-se em uma obrigação específica de agir, que não poderia mais ser afastada pelo argumento da inviabilidade prática de monitoramento e que, se atendida, isentaria o notificado de responsabilidade civil.<sup>21</sup>

A importação da teoria do *notice and takedown* para o campo da responsabilidade civil por dano decorrente de conteúdo gerado por terceiro representaria, sob certo ângulo, uma fissão no sistema brasileiro de responsabilidade civil. O responsável somente seria considerado como tal se, após comunicado, deixasse de agir para impedir a perpetuação do dano. Tratar-se-ia de uma espécie de responsabilidade civil *ex post*, posterior ao início da produção do dano, voltada a impedir que o dano se propagasse. É evidente que, na prática, tal importação significaria que o dano sofrido pela vítima durante o período anterior à notificação permaneceria sem ressarcimento (ou somente poderia ser ressarcido pelo terceiro gerador do conteúdo, quase sempre anônimo ou, mesmo quando identificado, não localizável ou incapaz – jurídica ou economicamente – de arcar com

---

<sup>20</sup> TJRJ, Apelação Cível 2008.001.04540, Rel. Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto, j. 25.3.2008.

<sup>21</sup> O *Digital Millennium Copyright Act* regulamenta minuciosamente, em seu Título II (denominado ele próprio como *Online Copyright Infringement Liability Limitation*), o procedimento de notificação e contra-notificação, além de providências que devem ser seguidas pelos provedores para fazerem jus à limitação de responsabilidade. Ver especialmente a *section 202*, que traz substancial modificação ao §512 do Capítulo 5 do Título 17 do *United States Code*, compilação das normas federais de caráter geral e permanente.

indenização ou tecnicamente inapto a adotar alguma outra medida apta a mitigar os efeitos da lesão sofrida pela vítima). O *notice and takedown* estabeleceria, nesse sentido, uma espécie de “imunidade” do proprietário do site até o momento da notificação, deixando sem reparação, ao menos, uma parte do dano sofrido pela vítima,<sup>22</sup> o que poderia suscitar alegações de afronta ao princípio da reparação integral.

Por outro lado, os efeitos práticos da importação mostravam-se promissores. A imunidade prometida estimularia, ao menos em tese, uma atuação mais proativa dos proprietários de redes sociais, que teriam, no momento da notificação, a oportunidade de avaliar o conteúdo postado pelo terceiro e decidir se seria ou não o caso de adotar medidas para sua retirada do site (a exemplo do que a maioria de tais empresas já faz em relação a pornografia infantil), contribuindo para um ambiente virtual mais sadio, respeitador dos direitos fundamentais do ser humano, sem a necessidade de impor à vítima o recurso ao Poder Judiciário, que, além de custoso, requer tempo incompatível com a rápida difusão do conteúdo ofensivo pelo mundo virtual. Esse “estímulo” a uma atuação proativa não se afigurava, contudo, isento de controvérsias. Em sua pátria de origem, o *notice and takedown* é alvo de críticas por conta de uma espécie de “efeito resfriador” (*chilling effect*) que seu uso abusivo pode provocar no exercício da liberdade de expressão.<sup>23</sup> Tais críticas, todavia, atrelam-se normalmente às notificações fundadas na proteção de direitos autorais, que, por sua própria natureza, acabam exercendo um papel defensivo da indústria do entretenimento, minando formas de expressão artísticas típicas do ambiente virtual, como os *melanges*, sampleamentos e colagens. Em matéria de tutela dos direitos fundamentais à honra, à privacidade e à imagem da pessoa humana, o argumento do “efeito resfriador” da liberdade de expressão não é apenas menos usual, mas também menos convincente, ao menos na maior parte dos casos concretos, que envolvem divulgação não-autorizada de imagens íntimas, mensagens discriminatórias, incitações ao ódio, xingamentos grosseiros e outras situações em que o exercício da liberdade de expressão revela-se nitidamente abusivo.

De todo modo, o próprio mecanismo do *notice and takedown*, quando adotado por um ordenamento jurídico, deve conter contracautelas para evitar sua utilização abusiva e garantir seu funcionamento efetivo. Nos Estados Unidos, por exemplo, a notificação deve

---

<sup>22</sup> Confira-se, sobre esse aspecto em particular, voto vencedor em acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual se afirmou que a doutrina do *notice and takedown* desvia-se da tradição jurídica brasileira, para a qual “o dano acontece no momento da publicação, não valendo a tese do duto voto vencido de que a parte autora deveria primeiro pedir a retirada da página, pois essa simples providência não ilide o prejuízo já sofrido, inexistindo em nosso Direito fato ilícito não indenizável” (TJRJ, Apelação Cível 2008.001.56760, Rel. Des. Otávio Rodrigues, j. 3.12.2008).

<sup>23</sup> Ver [www.chillingeffects.org](http://www.chillingeffects.org), página oficial do Projeto *Chilling Effects*, iniciativa desenvolvida conjuntamente pela *Electronic Frontier Foundation* e prestigiosas universidades americanas (Harvard, Stanford, Berkeley etc.) com o declarado objetivo de esclarecer o público e evitar que a legislação dos Estados Unidos (especialmente, o sistema do *notice and takedown*) seja utilizada de modo abusivo para “esfriar” o exercício da liberdade de expressão na internet.

conter requisitos mínimos (identificação do conteúdo violador de direitos autorais, dados de contato do notificante etc.) e há expressa previsão de contra-notificação por parte do alegado violador dos direitos autorais, além de prazos para a atuação do proprietário do site.<sup>24</sup> O perigo de uma incorporação jurisprudencial do *notice and takedown* no Brasil residia precisamente na sua “incorporação pela metade”. Como sói acontecer entre nós, especialmente em matéria de responsabilidade civil, incorporava-se a “idéia” do instituto sem a compreensão prévia e o conseqüente acolhimento dos seus múltiplos aspectos.<sup>25</sup> O espaço restrito do julgamento de um caso concreto não permitia um desenvolvimento detalhado do funcionamento integral do instituto e, assim, a noção de *notice and takedown* começava a fazer estrada na nossa jurisprudência, sempre com a melhor das intenções, mas de forma algo arriscada. Um mecanismo essencialmente procedimental começava a aparecer nas nossas decisões judiciais sem um procedimento regulado, sem previsão de contra-notificação e de outras garantias que o cercavam em sua origem, resultando em uma versão deformada do instituto original, amparada mais no argumento de autoridade da experiência norte-americana que propriamente na compreensão dessa experiência e na sua adequação ao cenário brasileiro, naturalmente diverso e peculiar.

A iminência de discussão do Projeto de Lei do Marco Civil da Internet prometia, entretanto, afastar esses riscos. O que se esperava do Poder Legislativo, nesse momento crucial, é que atuasse de maneira isenta e eficiente, detalhando o funcionamento do *notice and takedown* de modo a criar um efetivo mecanismo de solução de conflitos para a internet no Brasil. Infelizmente, o que acabou ocorrendo foi justamente o contrário.

#### **4. O artigo 19 do Marco Civil da Internet: flagrante retrocesso. Engessamento da tutela. Nem *notice*, nem *takedown*. Importação ou deturpação?**

Em vez de disciplinar o *notice and takedown*, instituindo garantias recíprocas e assegurando a eficiência do seu funcionamento, a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014 – conhecida como Marco Civil da Internet –, estabeleceu um mecanismo extremamente engessado, que cria uma proteção intensa para as sociedades empresárias que exploram redes sociais e reduz o grau de proteção que já vinha sendo fixado pela jurisprudência brasileira para os usuários da internet. Confira-se a redação do art. 19 da Lei 12.965:

“Art. 19. 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 judicial específica,

---

<sup>24</sup> Ver *U.S. Code, Title 17, Chapter 5, Section 512*, especialmente *Section 512 (c) (3)* – sobre os requisitos da notificação –; e *Section 512 (g) (2) e (3)* – sobre contra-notificação e prazos de atuação.

<sup>25</sup> Sobre o tema, seja permitido remeter a Anderson Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, São Paulo: Atlas, 2014, 5<sup>a</sup> ed., pp. 209-215 e 231-243.

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 redação do dispositivo já se inicia mostrando para qual lado da balança pende o seu conteúdo. Em uma seção que se intitula “*Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros*”, o art. 19 principia por uma inusitada afirmação de propósito, que invoca os valores da liberdade de expressão e da vedação à censura, valores que, assim, em abstrato, advogariam contra a própria idéia de responsabilidade. Toda a discussão sobre responsabilidade surge exatamente quando o exercício da liberdade de expressão viola direitos fundamentais da vítima, revelando-se abusivo – porque contrário à própria finalidade da liberdade de expressão – ou ilegítimo – porque afronta, em um raciocínio ponderativo, a esfera de proteção de outros direitos de igual hierarquia naquela situação concreta específica. Os direitos fundamentais da pessoa humana (honra, privacidade, imagem, entre outros) também são tutelados pela Constituição brasileira, em patamar axiológico não inferior à liberdade de expressão, de modo que recordar apenas “um lado da moeda” já no início do art. 19 representa má técnica legislativa e uma preocupante advertência sobre o que estava por vir.

Em seguida ao seu inusitado início, o art. 19 declara que o “provedor de aplicações da internet” – assim o Marco Civil denomina aquele que oferece um “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (art. 5º, VII), cedendo à já mencionada terminologia que oculta o aspecto proprietário – “*somente* poderá ser responsabilizado civilmente” – o termo “*somente*” já revelando aí uma visão restritiva da sua responsabilidade civil – 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 menção à “ordem judicial” golpeia de morte toda a inspiração do *notice and takedown*. Como já se destacou, a limitação legal à responsabilidade civil dos chamados “provedores de aplicações” somente pode se justificar como estímulo à sua atuação proativa, capaz de evitar a propagação do dano independentemente do tempo e custo necessários à propositura de uma ação judicial. Se a vítima da lesão ao seu direito fundamental precisa recorrer ao Poder Judiciário, pleiteando uma ordem judicial, a ser expedida à empresa, o art. 19 lhe é inteiramente inútil pela simples razão de que a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário sempre existiu no direito brasileiro e o

descumprimento de ordem judicial, independentemente de qualquer consideração sobre responsabilidade civil, configura crime de desobediência (CP, art. 330).

Pior: na dicção literal do art. 19, o descumprimento de ordem judicial passa a ser condição necessária para a responsabilização dos provedores. Nesse contexto, a propositura de ação judicial deixa de ser mero instrumento de proteção dos direitos da vítima e de obtenção da reparação para se tornar uma condição *sine qua non* da responsabilidade civil. A vítima, que antes propunha ação judicial como seu último recurso, para obter a responsabilização do réu, agora *precisa* propor a ação judicial e pleitear a emissão de uma ordem judicial específica, para que, só então e apenas em caso de descumprimento da referida ordem judicial, a proprietária do site ou rede social possa ser considerada responsável. Em uma realidade cada vez mais consciente do abarrotamento do Poder Judiciário, a Lei 12.965 toma a contramão de todas as tendências e transforma a judicialização do conflito em medida necessária à tutela dos direitos da vítima no ambiente virtual, ambiente no qual, pela sua própria celeridade e dinamismo, os remédios judiciais tendem a ser menos eficientes e, portanto, mais criticados.

A verdade é que, muito ao contrário de proteger a vítima com um sistema mais eficiente de tutela dos seus direitos fundamentais, o art. 19 tutela as empresas que exploram a rede, pois ainda exige que a ordem judicial seja “específica” – abrindo espaço para alegações de falta de especificidade que autorizariam o seu descumprimento<sup>26</sup> – e restringe a necessidade do seu cumprimento a providências que devam ser adotadas “no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço” – abrindo mais uma porta à entrada de argumentos que afastariam a necessidade de cumprimento da ordem judicial, aqui com a circunstância agravante da remissão às questões técnicas, que os réus nessa espécie de ação judicial costumam conhecer com maior detalhamento que os membros do Poder Judiciário, já que dizem respeito aos meandros do próprio negócio desenvolvido pela empresa.

Talvez no afã de amenizar o flagrante retrocesso, o §3º do art. 19 declara que “as 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, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.” O prêmio de consolação não afasta o inconveniente da imposição de recurso ao Poder Judiciário para deflagração da responsabilidade civil dos “provedores de aplicações”, nem representa um prêmio efetivo, na medida em que, mesmo antes da edição da Lei 12.965,

---

<sup>26</sup> O §1º do art. 19 amplia ainda mais esse espaço de defesa ao afirmar que a ordem judicial mencionada no caput do dispositivo “deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”.

as vítimas de conteúdo lesivo já contavam com essa possibilidade, bastando que não indicassem como valor pleiteado a título de danos morais montante superior ao teto dos juizados especiais, sendo certo, ainda, que, na praxe brasileira, é rara a indicação do montante do dano moral, optando a maior parte dos advogados por deixar tal aferição a critério do juiz, evitando-se o reflexo do valor pleiteado sobre o cálculo de custas judiciais e eventualmente de honorários sucumbenciais. O §3º do art. 19, portanto, não traz qualquer benefício às vítimas de danos que já não estivesse à sua disposição no cenário anterior à edição do Marco Civil da Internet.

Em suma, para os usuários da internet e pessoas humanas que possam ser afetadas por conteúdo lesivo aos seus direitos fundamentais, o art. 19 não traz qualquer benefício. Muito ao contrário, representa um flagrante retrocesso se comparado aos caminhos que vinham sendo trilhados pela jurisprudência brasileira nessa matéria. Trata-se de uma norma de blindagem das sociedades empresárias que exploram serviços de internet, em especial por meio de redes sociais e outros espaços de comunicação virtual. No cenário mundial, trata-se de uma proteção muito maior à indústria da internet que a existente em países de tradição na proteção de interesses comerciais na rede, como é o caso dos Estados Unidos. Sob o prisma da técnica jurídica, tem-se uma deturpação profunda do mecanismo do *notice and takedown*, que acaba por remeter os conflitos de volta ao já abarrotado Poder Judiciário, afastando-se de tal modo daquele instituto que não se consegue compreender como os especialistas em direito à internet continuam a falar em incorporação da matéria pelo Marco Civil da Internet. Para o art. 19, nem basta a *notice*, nem levará ao *takedown* porque o que o dispositivo faz é criar ressalvas e embaraços ao efetivo cumprimento da ordem judicial. A norma assegura às vítimas de danos menos do que elas já tinham pelo sistema geral de responsabilidade civil e engessa a tutela dos direitos fundamentais, retrocedendo em relação ao que os tribunais já vinham concluindo nesse campo.

A pergunta que resta é a seguinte: com todos os seus defeitos, o art. 19 do Marco Civil da Internet é apenas uma norma ruim ou é inconstitucional? A discussão não é simples sob o ponto de vista técnico-jurídico, mas um exame aprofundado conduz à conclusão de sua inconstitucionalidade.

**5. Inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet. Violação à garantia constitucional de reparação plena e integral por danos à honra, privacidade e imagem (CF, art. 5º, X). Violação ao princípio do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV). Desrespeito à vedação de retrocesso. Inversão axiológica.**

Em primeiro lugar, em se tratando de conteúdo lesivo a direitos fundamentais do ser humano, o art. 19 da Lei 12.965 viola a Constituição da República por condicionar a

reparação dos danos daí derivados à propositura de ação judicial e à emissão de ordem judicial específica. O texto constitucional assegura a plena e integral reparação de danos morais ou patrimoniais decorrentes da violação à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas humanas, em seu art. 5º, inciso X:

“Art. 5º. (...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

Assim, o estabelecimento pelo legislador infraconstitucional de qualquer condicionante à tutela desses direitos fundamentais não pode ser admitida, conforme já vem sustentando nossos tribunais no exame de convenções internacionais que preveem o tabelamento de indenizações, notadamente no campo de acidentes aéreos. A criação, por lei ordinária, de condicionantes ou limites à responsabilidade civil por violação a esses direitos afigura-se inconstitucional, na medida em que restringiriam uma tutela que o Constituinte quis plena e integral, a ponto de enunciá-la sem qualquer menção à atuação ulterior do legislador. Assim, ao condicionar a reparação do dano decorrente de violações que podem atingir a honra, a privacidade e a imagem da pessoa humana ao prévio ajuizamento de demanda judicial, o art. 19 da Lei 12.965 afronta o art. 5º, X, da Constituição da República. O contra-argumento de que a condicionante se aplica apenas às empresas proprietárias de sites e redes sociais, conservando a vítima o direito de pleitear reparação perante o terceiro que divulga inicialmente o conteúdo, é quase ficcional, na medida em que, como já destacado, a própria identificação do terceiro depende da atuação das referidas empresas e, mesmo quando ocorre a identificação, a chance de obtenção da reparação não apenas é reduzida por circunstâncias recorrentes no ambiente virtual (ausência de identificação da localização do indivíduo, insuficiência patrimonial do usuário etc.), mas também acaba se limitando a indenizações em dinheiro, quando aquelas empresas contam com meios técnicos bem mais eficazes para evitar a propagação do dano (supressão do conteúdo lesivo, desidentificação da vítima etc.).<sup>27</sup>

O art. 19 da Lei 12.965 viola, portanto, o art. 5º, X, da Constituição brasileira, o que já bastaria para concluir pela sua inconstitucionalidade. Pode-se, todavia, acrescentar a esse fundamento outros que corroboram a divergência entre o art. 19 do Marco Civil da Internet e o tecido constitucional. Por exemplo, a exigência de prévio ajuizamento de ação judicial e emissão de ordem judicial específica como requisitos para a responsabilização afrontam, de certo modo, também o inciso XXXV do art. 5º,<sup>28</sup> na medida em que a garantia de acesso ao Judiciário, em leitura substancial, consiste em

<sup>27</sup> Sobre o tema, ver item 7, a seguir.

<sup>28</sup> “Art. 5º. (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”



direito da vítima, nunca em dever. Ao impor o recurso ao Judiciário como condição imprescindível à reparação do dano sofrido, o art. 19 da Lei 12.965 deturpa o sentido do art. 5º, XXXV, afrontando-o em sua dimensão substancial.

O dispositivo viola também o chamado “princípio da vedação de retrocesso”, na medida em que, ao condicionar a tutela de tais direitos ao recebimento de “ordem judicial específica”, retrocede em relação ao grau de proteção que já era assegurado pela jurisprudência brasileira, que vinha considerando os réus responsáveis por tais danos se deixassem de agir após comunicação de qualquer espécie (extrajudicial, portanto, e inclusive por meio eletrônico).<sup>29</sup> A diminuição do grau de proteção dos direitos fundamentais encontra obstáculo na referida vedação de retrocesso, noção já amplamente desenvolvida no campo do Direito Público,<sup>30</sup> mas que é também aplicável ao Direito Privado, especialmente na experiência jurídica brasileira que se desprende progressivamente da arcaica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado para encontrar na máxima realização dos valores constitucionais o norte reunificador do seu sistema jurídico.<sup>31</sup>

A inconstitucionalidade do art. 19 é reforçada, ainda, por uma profunda inversão axiológica que se extrai do próprio dispositivo. De fato, o §2º do art. 19 cria uma exceção à regra do *caput*, determinando que a aplicação da norma de proteção dos provedores – que determina a limitação da sua responsabilidade civil aos casos de descumprimento de ordem judicial específica – não se aplica às infrações de direitos autorais ou conexos, hipótese que fica a depender de “previsão legal específica”. Confira-se o disposto no §2º do art. 19:

“Art. 19 (...)

§2º. A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.”

Como se vê, a aprovação do Marco Civil da Internet criou a seguinte situação no direito brasileiro: se o conteúdo postado por terceiro ofende direitos autorais ou conexos,

---

<sup>29</sup> Nesse sentido, é de se registrar que o Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, que disciplina o comércio eletrônico, determinou que “os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização: (...) II – endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato.”

<sup>30</sup> Ver Felibe Derbli, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Renovar, coleção de teses, 2007.

<sup>31</sup> Ver Gustavo Tepedino, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 1-22. Seja permitido remeter, ainda, a Anderson Schreiber, *Direito Civil e Constituição*, São Paulo: Atlas, 2013.

o provedor de aplicações não pode invocar o art. 19, valendo, portanto, as normas gerais de responsabilidade civil, segundo as quais a responsabilidade é integral – e não expressamente limitada às hipóteses de inação após ordem judicial específica –, podendo, no máximo, o provedor obter uma interpretação judicial que, calcada na tendência jurisprudencial anterior à edição da Lei 12.965, estabeleça como marco inicial da sua responsabilização o momento em que, tomando ciência *por qualquer meio* (notificação extrajudicial, comunicação eletrônica etc.) do conteúdo lesivo aos direitos autorais ou conexos, o provedor deixa de agir para impedir a propagação da lesão. Em outras palavras, com a promulgação da Lei 12.965, o mecanismo de proteção aos direitos autorais tornou-se mais simples, célere e eficiente que aquele reservado à tutela dos direitos fundamentais do ser humano (honra, privacidade, imagem etc.), a qual passa a ser dependente, para a própria deflagração da responsabilidade civil, de recurso ao Poder Judiciário e de emissão de ordem judicial específica. Tem-se aqui verdadeira inversão axiológica, na medida em que os direitos autorais e conexos – também, portanto, aqueles de conteúdo exclusivamente patrimonial – passam a contar com um instrumento de tutela mais forte, célere e efetivo que os direitos fundamentais do ser humano, aos quais a Constituição brasileira atribui maior importância senão hierárquica, ao menos axiológica, como se vê da expressa menção à dignidade da pessoa humana como fundamento da República (CF, art. 1º, III). Tal inversão afronta a Constituição, resultando, de modo inequívoco, na inconstitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet.

#### **6. Uma proposta de salvação: interpretação conforme ao art. 5º, X, da Constituição da República. Exegese do art. 21 do Marco Civil da Internet. Identidade de fundamento. Desnecessidade de notificação judicial.**

Em síntese, são variados os caminhos que conduzem à conclusão de que o art. 19 do Marco Civil da Internet não consiste apenas em uma norma ruim, mas sim em dispositivo inconstitucional, nulo de pleno direito. Para salvar o art. 19 da inconstitucionalidade seria necessário interpretá-lo em conformidade com a tutela plena e integral dos direitos da personalidade, assegurada no art. 5º, X, da Constituição. Tal interpretação poderia ser obtida por meio de uma leitura que aproximasse o art. 19 da Lei 12.965 de outro dispositivo do Marco Civil da Internet, qual seja, o art. 21. Ali, o legislador ocupou-se de tema específico: veiculação de material contendo “cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”.

“Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos

sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.”

A doutrina vem tratando do dispositivo sob a nomenclatura de “pornografia de vingança”, na esteira das fontes norte-americanas. A rotulação é, a rigor, imprópria, pois a literalidade da norma alude a cenas de nudez e sexo independentemente da motivação que tenha levado à sua divulgação. O norte-americanismo é perdoável desde que não conduza a uma interpretação restritiva da norma. A rigor, o art. 21 não chega tampouco a ser um *suprassumo* de técnica legislativa, contendo a sua própria dose de impropriedades – como o equivocado emprego da expressão “subsidiariamente”<sup>32</sup> –, mas tem a imensa vantagem de ter preservado o elemento essencial do *notice and takedown*: o caráter extrajudicial da notificação.<sup>33</sup>

E se a tutela da intimidade sexual do indivíduo, com a conseqüente responsabilização do provedor de aplicações por danos decorrentes da exposição da sua nudez ou sexualidade, pode ser deflagrada por meio de mera notificação extrajudicial, não se pode compreender porque a tutela de outros atributos da personalidade humana – cuja proteção é situada em idêntico patamar pela Constituição da República – fica a depender, na linguagem do art. 19, de “ordem judicial específica”. Da contraposição entre o art. 19 e o art. 21 do Marco Civil da Internet, vê-se que a responsabilidade civil de provedores de aplicação pela divulgação não-autorizada de fotografia que expõe a nudez de uma pessoa independe de propositura de ação judicial, mas a divulgação de cenas de tratamento médico invasivo, de uma cirurgia que amputa um membro do seu corpo, de uma agressão física sofrida ou de outros eventos cuja veiculação pública pode lesar ainda mais a mesma intimidade, privacidade ou honra daquela mesmíssima pessoa dependem da propositura de uma ação em juízo, com expedição de ordem judicial específica. A própria rotulação indevida de certa pessoa como “garota de programa”, como aconteceu no já citado caso do perfil falso de Adriana Valença no *Facebook*, dependeria de ordem judicial específica porque, embora veiculando informação falsa que se relaciona à

---

<sup>32</sup> A responsabilidade ali não é subsidiária, mas própria e direta, porque deriva da ausência de atuação do provedor após tomar conhecimento do fato. O uso da expressão “subsidiária” deve ser interpretado como mero reforço da idéia de que o provedor aqui está respondendo por conteúdo veiculado por um terceiro, mas tecnicamente se trata de responsabilidade própria e direta, não subsidiária. Para que não haja dúvida, não é necessário que a vítima proponha ação ou tome qualquer atitude em relação ao terceiro – que, frequentemente, sequer pode identificar –, podendo atuar diretamente contra o provedor de aplicações que deixe de indisponibilizar o conteúdo, seja para compeli-lo a fazê-lo, seja para obter a reparação devida pelos danos decorrentes da exposição do material no período que vai da notificação à efetiva retirada.

<sup>33</sup> Embora não tenha sido expresso a respeito do caráter extrajudicial, o legislador aludiu ali a mera “notificação”, não cabendo ao intérprete restringir o termo às notificações judiciais, especialmente se comparada a linguagem do art. 21 com aquela empregada no art. 19 da mesma Lei 12.965.

sexualidade, não configura veiculação de “cena de nudez ou de atos sexuais de caráter privado” nos termos da literalidade do art. 21.

À parte a falta de coerência do legislador ordinário, o que esses exemplos revelam é que, em se tratando de direitos fundamentais de igual hierarquia (e, nos casos citados, até dos mesmíssimos direitos fundamentais), os mecanismos de tutela devem ser idênticos ou, ao menos, igualmente eficientes, sob pena de se instituir uma diferenciação normativa que não encontra amparo no texto constitucional. Se a intimidade sexual é tutelada por meio de mera notificação extrajudicial, outras formas de intimidade devem ser tuteladas de igual maneira, assim como outros direitos da personalidade da vítima. Esse acesso aos mesmos remédios é indispensável para a máxima realização dos valores constitucionais, expressos nos direitos fundamentais do ser humano.

A salvação do art. 19 do Marco Civil da Internet somente pode ser alcançada por uma interpretação conforme a Constituição da República que dispense a ordem judicial específica, contentando-se com mera notificação, sempre que o conteúdo em questão lese direitos da personalidade – seja a intimidade sexual, como já reconhece o art. 21 da lei ordinária, seja qualquer outro atributo da personalidade humana que se afigure merecedor de tutela à luz do texto constitucional.

## **7. O problema da supressão. Outros remédios aplicáveis ao ambiente virtual: desidentificação, indexação adequada, contextualização. Direito ao esquecimento na internet.**

Uma interpretação constitucional do art. 19 do Marco Civil da Internet permite suprimir a exigência de judicialização, principal obstáculo imposto pelo legislador ordinário à tutela dos direitos da personalidade no ambiente virtual. A construção de um sistema efetivo de proteção a esses direitos depende, todavia, de algumas medidas adicionais, em especial do desenvolvimento de um amplo leque de remédios que possam ser colocados à disposição da vítima e dos próprios provedores de aplicações.

O Marco Civil da Internet institui, com as condicionantes já vistas, o dever final de “tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente” (art. 19, *in fine*). A supressão de disponibilidade do conteúdo consiste, sem dúvida, na medida mais forte para evitar a propagação do dano, configurando um remédio que se mostra adequado àquelas hipóteses mais frequentes de veiculação de conteúdo lesivo (exposição não-autorizada da intimidade alheia, comentários discriminatórios, incitações ao ódio etc.). Entretanto, em determinados casos – que representam, na realidade brasileira, não a regra, mas a exceção –, a supressão pode representar interferência em exercício não-abusivo da liberdade de expressão. Não foi por outra razão que a Lei 12.965 impôs, no

seu art. 20, que a supressão fosse acompanhada da mais ampla informação ao terceiro que veiculou o conteúdo alegadamente lesivo.

“Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-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.”

Se não chegou a instituir o mecanismo de contra-notificação, como fez o *Digital Millenium Copyright Act* norte-americano, o Marco Civil da Internet garantiu, ao menos, a informação necessária ao terceiro, que vê suprimido pelo provedor de aplicações o conteúdo que anteriormente veiculara. Ao terceiro assegura-se, ainda, o direito de exigir do provedor que substitua o conteúdo tornado indisponível “pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização”.<sup>34</sup> O que o Marco Civil da Internet não fez – mas poderia perfeitamente ter feito – foi cogitar de outros remédios que não a medida extrema da supressão, não como alternativa ao provedor de aplicações, mas como alternativa à própria vítima, que, em determinadas hipóteses, pode não ter necessário interesse na supressão do material, nem, muito menos, em toda a polêmica que a supressão desperta em relação à liberdade de expressão na rede.

Suponha-se, por exemplo, que alguém divulgue em uma rede social arquivos de imagem que retratam certa pessoa na sua infância ou adolescência, em alguma situação constrangedora, tudo sem autorização do retratado. A supressão do material não é necessária à tutela da honra do retratado, mas lhe interessa evitar que o material circule acompanhado da menção ao seu nome ou da identificação do seu rosto, como já é frequente em redes sociais como Facebook e Instagram. O que a vítima tem interesse em obter aqui é a ausência de identificação da sua individualidade, sem pretender necessariamente suprimir o material da rede, material que pode, por exemplo, retratar outras pessoas, inclusive o próprio terceiro (pense-se, por exemplo, em uma foto de uma festa à fantasia de tempos colegiais). Em casos assim, o terceiro tem, a princípio, o direito de divulgar a imagem que (também) o retrata e a mera desidentificação da vítima pode já ser medida suficiente a tutelar os seus direitos.

---

<sup>34</sup> “Art. 20. (...) Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.”

Outra medida que a vítima pode ter interesse em obter é o mero ajuste na indexação do material divulgado, de modo a evitar que se torne a principal ou uma das principais referências ligadas à sua identidade. Há, ainda, em alguns casos, interesse em obter a maior contextualização do material veiculado, com o acréscimo de informações que evitem uma interpretação do evento retratado destacada do seu contexto originário. A contextualização é remédio instigante porque, ao contrário dos demais, aponta para uma solução que contém mais e não menos informação sobre o conteúdo veiculado.

Tanto a desidentificação da vítima no conteúdo veiculado pelo terceiro, quanto a indexação adequada desse conteúdo em relação ao nome da vítima, quanto, ainda, a contextualização do conteúdo veiculado pelo terceiro são medidas que podem se afigurar suficientes, aos olhos da própria vítima, para a tutela dos seus direitos. Além disso, tais medidas conformam-se perfeitamente à melhor abordagem do direito ao esquecimento, que o define não como um direito de “reescrever a história”, de alterar os fatos ou de suprimir conteúdos porventura veiculados na internet, mas sim como um direito de “não ser perseguido por certos fatos”, evitando-se uma identificação inadequada da pessoa humana, que violaria, em última análise, seu direito à identidade pessoal.<sup>35</sup>

O Marco Civil da Internet teria feito bem em mencionar tais remédios (desidentificação, indexação adequada, contextualização do conteúdo etc.) como facultativos, a critério do lesado, mas acabou por se centrar exclusivamente sobre a indisponibilidade do material, remédio que nem sempre é desejado pela vítima e que pode atrair discussões intensas sobre a liberdade de expressão, discussões que, sem embargo da sua legitimidade, retardam a tutela dos direitos fundamentais que poderia se efetivar por outros modos menos polêmicos.

## **8. A questão do conteúdo próprio. O caso Nissim Ourfali e o direito de arrependimento na postagem de conteúdo próprio.**

Embora toda a problemática da responsabilidade civil na Lei 12.965 orbite em torno do conteúdo de terceiro, não deixa de assumir relevância jurídica a questão do conteúdo próprio. Como vem sendo demonstrado por uma sucessão de casos concretos, o sujeito que veicula na rede material dizendo respeito a si próprio (fotografias, comentários etc.) também pode vir a ser vítima de danos decorrentes da difusão irrestrita ou descontextualizada dessa material, ou da sua utilização para fins diversos daqueles que animaram a sua divulgação inicial.

---

<sup>35</sup> Sobre o tema, seja consentido remeter a Anderson Schreiber, *Direitos da Personalidade*, São Paulo: Atlas, 2014, pp. 172-174.

Tome-se como exemplo o caso do menino Nissim Ourfali. Para celebrar seu *Bar Mitzvah*, seus pais contrataram uma empresa especializada em elaborar filmes comemorativos. No filme, o menino de 13 anos aparece como protagonista de um videoclipe de uma versão cômica e em português da música “*What makes you beautiful*” do grupo *One Direction*. O videoclipe exibe, sempre com viés humorístico, fotos da vida de Nissim, incluindo viagens para Israel e para a Praia de Baleia, no litoral de São Paulo. O filme foi postado no site *YouTube* pelos próprios familiares de Nissim com o propósito de torná-lo acessível a amigos e parentes distantes. Foi, contudo, descoberto pelos internautas e se tornou uma febre no mundo virtual, alcançando um número absolutamente espantoso de acessos. Discotecas do Rio de Janeiro e São Paulo passaram a tocar aquela versão da música e o videoclipe passou a ser objeto de paródias na rede, incluindo montagens com Silvio Santos e Bart Simpson no papel de Nissim Ourfali.

A família de Nissim passou a receber telefonemas diários de empresas e agências interessadas em explorar sua imagem. Para se preservar, Nissim, representado por seus pais, propôs ação judicial junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, em face da empresa proprietária do *site* YouTube, pleiteando a retirada do videoclipe com base na proteção de seu direito à imagem e à intimidade. O juízo de primeiro grau indeferiu o pedido de antecipação de tutela, ao argumento de que o material havia sido colocado espontaneamente no site. Confira-se o inteiro teor da decisão:

“Pelo que compreendo da emenda à inicial, o vídeo de que participa o autor foi postado espontaneamente em site público de compartilhamento de vídeos, não sendo o modo ‘privado’ óbice para que todos quantos tenham conta no referido site o acessem. A partir daí, ao que parece, o vídeo se disseminou pela internet, tal como se constata por pesquisa no Google pelo nome do autor, a qual retorna nada menos que 790 entradas a ele relativas (cf. impressão anexa). Frente a isso, é para mim duvidosa a possibilidade técnica de retirada da internet de todos os caminhos de acesso que a essa altura se estabeleceram ao vídeo em questão, sendo certo que disseminação descontrolada de conteúdo é característica da internet (da qual, talvez pela novidade ainda de sua existência, boa parte dos usuários não tem consciência). Assim é que, embora compreenda sob aspecto humano a situação em que se encontra o autor, não vejo de plano possibilidade de estabelecer obrigação de fazer, mormente de conteúdo aberto como pretendido, para a requerida, convindo seja

por primeiro aberto o contraditório. Assim, indefiro, por ora, o pedido de antecipação de tutela.”<sup>36</sup>

Embora o argumento possa parecer convincente à primeira vista – porque a voluntária colocação do vídeo em um site como o YouTube sugere autorização tácita do retratado para a livre disponibilização do material aos usuários do mesmo site –, casos assim envolvem frequentemente aspectos que o Poder Judiciário não pode deixar de levar em consideração, mesmo em sede de antecipação de tutela. Em primeiro lugar, o videoclipe em questão tem como protagonista um menor, de 13 anos de idade, que, além de ser merecedor de especial proteção à luz da ordem constitucional brasileira, é considerado, em termos jurídicos, absolutamente incapaz para a prática dos atos da vida civil, incluindo a concessão de autorização para a exibição da sua imagem. O ato exigiria representação, formalidade que, por características próprias da Internet, não é normalmente solicitada de quem posta vídeos e fotos em sites coletivos, nem pode ser aferida com segurança pela informalidade do acesso à rede. A própria iniciativa do menor pleiteando a retirada do material já serve de indício ao fato de que sua autorização não foi obtido de modo válido ou plenamente esclarecido acerca dos possíveis efeitos práticos da divulgação.

Aliás, mesmo que a autorização do retratado tivesse sido concedida de modo válido, parece evidente que, nesse caso concreto, o ato de colocação do vídeo na rede, embora voluntário, acabou ganhando uma repercussão inteiramente inesperada, distanciando-se de sua finalidade original, que era o compartilhamento apenas com parentes que residem em outro país. Aqui, o Poder Judiciário não pode correr o risco de ser demasiadamente rigoroso, deixando de levar em conta uma certa falta de conhecimento de pessoas não habituadas ao mundo virtual sobre os riscos envolvidos na circulação de vídeos e imagens pela internet. A imensa repercussão do videoclipe de Nissim Ourfali seguramente não foi prevista pela sua família, de modo que a iniciativa de pleitear a retirada do vídeo é medida não apenas legítima, mas louvável à luz da necessidade de preservação da intimidade do menor. Se a percepção dos pais sobre os riscos envolvidos foi tardia, tal “erro” de avaliação não pode servir de obstáculo à tutela dos seus direitos, mantendo-se uma vinculação com um ato originário simplesmente por apego a uma vontade que definitivamente não existe mais.

Afinal, o que justificaria a continuada exposição do menino se ele próprio já manifestou expressamente sua intenção de não ter o vídeo exposto? Nissim não assinou contrato, nem recebeu qualquer contraprestação da empresa proprietária do site pela exibição da sua imagem. A colocação do vídeo na rede foi provavelmente um ato irrefletido e casual. Foi, ademais, um ato inegavelmente gratuito sem as formalidades que a

---

<sup>36</sup> TJSP, Procedimento Sumário 0192672-12.2012.8.26.0100 (583.00.2012.192672), 1ª Vara Cível – Foro Central Cível, distribuído em 18.9.2012.



ordem jurídica exige para atrair o efeito obrigacional. Não se vislumbra, nessas circunstâncias, interesse merecedor de tutela que se contraponha ao seu direito de preservar sua imagem e intimidade, já bastante exposta pelo equívoco dos seus familiares, e de não ficar “marcado” para sempre pelo episódio. Entra em jogo aqui o já citado direito ao esquecimento, em sua modalidade virtual, expressão do direito à identidade pessoal.

Se há um custo na adoção das providências necessárias a suprimir o material do site, esse custo pode, em uma linha mais severa, ser atribuído ao próprio site, que se sujeita a tal risco ao explorar o espaço comunicativo, ou, em uma linha mais liberal, ser atribuído aos pais do menino, mas enquanto isso pode ser discutido ao longo do processo, o direito à obtenção das medidas de supressão mostra-se tão cristalino quanto urgente. Entender diversamente só porque o vídeo foi postado espontaneamente por seus familiares é submetê-lo, na fragilidade dos seus 13 anos, a uma eficácia vinculante derivada de um “contrato” que jamais assinou e pelo qual nada recebeu, em um grau extremo de vinculação que atualmente não se admite nem no campo dos negócios quanto mais no uso distraído e não-econômico que os usuários fazem de um site de compartilhamento de vídeos. Se, até no âmbito dos contratos, admite-se a quebra do efeito obrigacional por onerosidade excessiva decorrente de fatos imprevisíveis e extraordinários, por que um adolescente, que viu um filme cômico do seu Bar Mitzvah virar uma febre em todo o Brasil, não pode obter medidas destinadas a atenuar o imenso ônus que vem sofrendo?

Casos como o de Nissim Ourfali revelam que o problema da responsabilidade civil dos chamados provedores de aplicações por conteúdo veiculado em seus sites não se limita aos danos decorrentes do conteúdo postado por terceiros, mas abrange também o problema – mais raro, mas não menos delicado – da exploração não autorizada de conteúdo postado pelo próprio usuário ou, mais especificamente, da ausência de adoção de medidas destinadas a evitar a difusão de conteúdo que o próprio usuário comunique não pretender mais ver exposta no site. Embora o Marco Civil da Internet não contemple o tema, sugerindo por sua linguagem que o provedor somente pode ser chamado a agir em caso de conteúdo postado por terceiro, não há qualquer razão para afastar seu dever de atuação naquelas hipóteses em que o próprio usuário “arrepente-se” do ato de veiculação do conteúdo e solicita providências para a supressão do material e para que seja evitada a sua reprodução naquele mesmo site. Aqui, aliás, todo o drama da liberdade de expressão não se coloca, já que é o próprio divulgador do material que pretende vê-lo excluído do site.

Bem vistas as coisas, a necessidade de adoção de providências técnicas para retirada de conteúdo indesejado integra o risco do negócio das sociedades empresárias que exploram o caráter informal da postagem de conteúdo, estimulando todo o tempo os seus usuários a veicularem informações, comentários ou arquivos particulares (fotos,

vídeos etc.). Ainda que se possa debater sobre quem recai o custo da medida – questão que poderia atrair diferentes respostas conforme, por exemplo, o grau de informação transmitida ao usuário acerca da abrangência da divulgação – , não há dúvida de que quem se arrepende da veiculação deve ter o direito de pleiteá-la, sob pena de se consagrar um efeito obrigacional *ad eternum* de um ato tão informal que, a rigor, sequer se qualifica à luz da ordem jurídica como fonte de obrigação.

## 9. Conclusão

O art. 19 da Lei 12.965 reservou ao problema da responsabilidade civil dos chamados provedores de aplicações por conteúdo veiculado em seus sites um tratamento extremamente restritivo, que representa um inegável retrocesso em relação ao caminho que já vinha sendo trilhado pela jurisprudência brasileira nessa matéria. Ao condicionar a responsabilidade civil ao descumprimento de “ordem judicial específica”, o referido art. 19 promove um espantoso engessamento da tutela dos direitos do usuário da internet, não raro direitos fundamentais expressamente protegidos pela Constituição da República como a honra, a imagem e a privacidade. Cria verdadeira bolha de irresponsabilidade, na medida em que restringe a responsabilidade civil das sociedades empresárias que exploram os sites onde o conteúdo lesivo é veiculado, limitando eventual pretensão reparatória aos tais “terceiros”, quase sempre anônimos e cuja identidade e localização somente podem ser conhecidas, na maior parte dos casos, por aquelas mesmas sociedades empresárias que a lei exime de responsabilidade. Mesmo quando conhecidos, os terceiros não tem condições técnicas ou econômicas de atenuar a propagação do dano, razão pela qual a eventual responsabilização tem pouca ou nenhuma consequência prática.

Pior que uma norma infeliz, o art. 19 deve ser considerado inconstitucional, por violar em diferentes aspectos a Constituição da República (art. 5º, incisos X e XXXV; art. 1º, III; entre outros). Não apenas restringe a tutela de direitos fundamentais, retrocedendo em relação à proteção que já era assegurada pelos tribunais brasileiros, mas também promove intolerável inversão axiológica, ao permitir tratamento mais favorável a direitos de conteúdo patrimonial (direitos patrimoniais do autor, por exemplo) que a direitos da personalidade, sendo certo que a ordem constitucional trata esses últimos com primazia.

O resultado da inconstitucionalidade consiste na restauração da disciplina geral da responsabilidade civil em relação a conteúdo veiculado na internet, com a possibilidade de responsabilização integral dos chamados provedores de aplicações pelos danos sofridos pela vítima, sem limitação temporal, desde o início da divulgação do material lesivo, seja com base no Código de Defesa do Consumidor (art. 14), seja com base no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. A única salvação para o art. 19 do Marco Civil da

Internet seria a aplicação de uma interpretação conforme a Constituição (art. 5º, X), que, a exemplo do que já faz o art. 21 da Lei 12.965, se contentasse com a notificação extrajudicial ao provedor, considerando-o a partir daí civilmente responsável em caso de inércia na adoção das medidas necessárias à retirada do conteúdo lesivo do seu site.

As sociedades empresárias que exploram sites e redes sociais possuem indiscutivelmente as melhores condições técnicas para adotar as providências necessárias à reparação ou à atenuação da propagação do dano, que transcendem a mera questão da supressão do material veiculado, mas abrangem também medidas como a desidentificação da vítima, a adequada indexação do material veiculado, a sua contextualização, entre outros remédios que seriam capazes, em muitos casos, de proteger a vítima sem suscitar risco à liberdade de expressão dos terceiros que veiculam o material considerado lesivo.

De toda forma, é de se ter muita cautela com a invocação da liberdade de expressão no universo virtual. Trata-se frequentemente de argumento falacioso, já que a imensa maioria dos casos concretos envolvendo pedidos de supressão de material lesivo na jurisprudência brasileira diz respeito a informações flagrantemente falsas, ofensas evidentes, comentários racistas e outras espécies de conteúdo que, muito ao contrário, de exprimir um exercício legítimo da liberdade de expressão pretendem canibaliza-la, por meio da intimidação, do *bullying* virtual, do *online hate speech* e de outras formas virtuais de opressão.