

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS

JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO

AIRES JOSE ROVER

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e novas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: José Renato Gaziero Cella, Aires Jose Rover, Valéria Ribas Do Nascimento – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-054-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Tecnologia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

No XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe - UFS, em Aracaju, de 03 a 06 de junho de 2015, o grupo de trabalho Direito e Novas Tecnologias novamente esteve presente com destaque pela qualidade dos trabalhos apresentados e pelo numeroso público, composto por pesquisadores-expositores e interessados. Esse fato demonstra a inquietude que o tema desperta na seara jurídica, em especial nos programas de pós-graduação em Direito que procuram empreender um diálogo que suscita a interdisciplinaridade na pesquisa e se propõe a enfrentar os desafios que as novas tecnologias impõem ao Direito.

Foram apresentados 22 artigos que foram objeto de um intenso debate e agora fazem parte desta coletânea. Numa tentativa de organizar quantitativa e qualitativamente os artigos e seus temas, segue uma métrica:

Cinco artigos trataram da Internet, em diversos âmbitos.

Quatro artigos discutiram a proteção da privacidade e dos dados pessoais e corporais.

Quatro artigos foram sobre responsabilidade civil e capacidade na internet.

Dois artigos versaram sobre aspectos regulatórios das nanotecnologias.

Dois artigos sobre marco civil da internet.

Dois artigos trataram do processo eletrônico, com enfoque de questões como inclusão, acesso à justiça e nova cultura.

Dois artigos discutiram redes sociais em temas como a violação de direitos e bloqueio de conteúdos ilícitos.

Dois artigos foram sobre o mercado de trabalho, tratando do pleno emprego e do analfabetismo digital.

Dois artigos versaram sobre a democracia eletrônica, envolvendo temas como o voto eletrônico e a democracia direta.

Um artigo sobre inovação e regulação tecnocientífica.

Um artigo sobre o direito de autor e plágio em software.

Um artigo sobre a tutela da honra no âmbito da internet.

Um artigo sobre rádio/tv na sociedade da informação.

Nota-se nessa classificação que o tema tecnológico mais tratado é a internet, mas se discute também redes sociais, nanotecnologias, urnas eletrônicas, software e tv/rádio. Dos temas jurídicos a privacidade e a responsabilidade civil são numericamente majoritários. Processo eletrônico, democracia digital e mercado de trabalho estão em seguida. Com únicos artigos seguem temas diversos, mas em pouco número considerando o total de artigos. Observa-se, portanto, algumas temáticas se tornando focais nessa edição e mantendo o interesse que vem das edições anteriores dessa coletânea.

Enfim, os artigos que ora são apresentados ao público têm a finalidade de fomentar a pesquisa e fortalecer o diálogo interdisciplinar em torno do tema direito e novas tecnologias. Trazem consigo, ainda, a expectativa de contribuir para os avanços do estudo desse tema no âmbito da pós-graduação em Direito brasileira, apresentando respostas para uma realidade que se mostra em constante transformação.

Os Coordenadores

Prof. Dr. Aires José Rover

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Profa. Dra. Valéria Ribas do Nascimento

O MARCO CIVIL DA INTERNET E A POTENCIAL VULNERABILIDADE DO INTERNAUTA NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO À PRIVACIDADE

BRAZILIAN CIVIL RIGHTS FRAMEWORK FOR THE INTERNET AND THE POTENTIAL VULNERABILITY OF THE INTERNET USERS IN THE CONTEXT OF PRIVACY PROTECTION

**Erica de Aquino Paes
Luciane da Costa Moás**

Resumo

O presente trabalho analisa parte específica da Lei nº 12.965/2014, também denominada de "Marco Civil da Internet". Considerando o aumento progressivo do número de ações judiciais visando a reparação por ofensa a direito personalíssimo no ambiente virtual, a referida lei não atende às expectativas quanto à regulação da responsabilidade civil. A primeira parte do texto indica o contexto anterior ao advento da Lei nº 12.965/2014, com o intuito de demonstrar que já havia jurisprudência consolidada na direção da responsabilidade solidária dos provedores de conexão à Internet em virtude da falta de controle no ambiente virtual bem como em razão da dificuldade de identificação do autor da ofensa em boa parte dos casos. A segunda parte aponta o descaso da noção de vulnerabilidade do usuário da Internet e, desta forma, o "Marco Civil da Internet" pode ser considerado defasado no que toca a ampliação da efetivação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, uma vez que no conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à privacidade parece privilegiar aquele em detrimento deste. Conclui-se que a Lei aqui em debate apenas inicia a trajetória legislativa para o uso da Internet em nosso país, demandando pronta revisão.

Palavras-chave: Marco civil, Internet, Direito, Privacidade, Liberdade, Dignidade humana.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes a specific part of Law nº 12.965/2014, also known as "Brazilian Civil Rights Framework for the Internet". Considering the progressive increase in the number of lawsuits requesting compensation for offending the personal right in the virtual environment, this law does not meet expectations regarding the regulation of civil responsibility. The first part of the text indicates the context before the edition of Law nº 12.965/2014 in order to demonstrate that there was already settled case law in the direction of joint liability of Internet Service Providers due to the lack of control in the virtual environment and because of the difficulty to identify the author of the offense in most cases. The second part shows the disregard of the Internet users about the notion of vulnerability and, therefore, the "Marco Civil da Internet" can be considered outdated when it comes to expanding the effectiveness of the general principle of protection of the human person, since in conflict between the right to freedom of expression and the right to privacy seems to favor one over this. We conclude

that the law here in debate just begins the legislative history of the use of the Internet in our country, demanding prompt review.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil mark, Internet, Right, Privacy, Liberty, Human dignity.

I - INTRODUÇÃO

É vasta a literatura sobre os avanços históricos acerca da divulgação da informação, com ênfase na modernização dos meios de comunicação em substituição aos precários recursos do passado responsáveis pelo atraso no conhecimento de notícias de interesse público. Nesta linha, ganham destaque os textos que marcam a importância da democratização do acesso à informação e, portanto, cuidam do direito à livre manifestação do pensamento e da liberdade de imprensa, tema presente em quase todas as declarações de direitos.

Os avanços tecnológicos no campo da divulgação da informação são objeto de constante estudo e vem sendo aprimorados em velocidade absolutamente espantosa. A rede mundial de computadores, conectada através da internet, permite acesso, quase instantâneo, a fatos ocorridos em qualquer lugar, a qualquer momento e postados por qualquer pessoa que tenha, ao menos, um *smartphone* à sua disposição, o que leva à necessidade de uma reflexão acerca da forma como essas informações são publicadas, bem como a uma interrogação sobre a necessidade da exposição, da veracidade e das consequências advindas de tantas publicações.

Este trabalho utiliza o método de revisão bibliográfica e jurisprudencial e propõe-se a apontar e problematizar a contradição entre a Seção III, do Capítulo III da Lei nº 12.965/2014, denominada de Lei do Marco Civil da Internet, que cuida da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros e as decisões judiciais que já vinham sendo proferidas antes do seu advento. Embora seja considerável o aumento do número de decisões judiciais com fundamento no dano moral em virtude de ofensas, notadamente à privacidade e honra do titular do conteúdo divulgado sem sua autorização, a nova lei não responsabiliza civilmente os provedores de conexão à internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. E, na contramão do crescimento de meios alternativos de solução de conflitos, exige a judicialização para tornar indisponível o conteúdo disponibilizado por terceiro considerado infrigente a direito personalíssimo.

Além disso, é importante destacar que estava pacificado junto aos Tribunais Superiores brasileiros o posicionamento no sentido de que os provedores, em virtude da ausência de controle ou de mecanismos mínimos de segurança para evitar a violação a direito personalíssimo, somada à dificuldade ou impossibilidade de identificar o usuário autor da

ofensa, respondiam de forma solidária a este. Neste aspecto, a lei aqui em debate, faz opção contrária à tendência de ampliação da responsabilidade civil em geral, e no ambiente virtual em particular. Explica-se: após a promulgação da Constituição da República de 1988, o instituto da responsabilidade civil também sofreu o impacto das transformações em consequência da primazia conferida ao princípio da dignidade da pessoa humana, e teve suas bases reformuladas. Passou-se a consagrar, em maior medida, a responsabilidade objetiva, estabelecendo-se o dever de indenizar independentemente da conduta causadora de dano injusto. Houve valorização da pessoa da vítima, prevalecendo a ideia de que jamais deveria deixar de ser ressarcida.

Outra alteração em sede de responsabilidade civil está na noção de acidente como fatalidade, imprevisível e inevitável, substituída pela noção de dano anônimo decorrente da própria atividade desempenhada, contribuindo para a ampliação da responsabilidade objetiva, com fundamento na mera assunção do risco, quase que em substituição à responsabilidade subjetiva. No entanto, é oportuno frisar que para o Superior Tribunal de Justiça¹, o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas nos *sites* por usuários não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor de internet, porque não lhe é exigido que proceda a controle prévio de conteúdo disponibilizado por usuários. E assim tende a defasar posicionamento doutrinário anterior no sentido de que os provedores internet não podiam usufruir das vantagens sem assumir os riscos do negócio. Tal posicionamento contribui para a crítica à opção legislativa pela responsabilidade subsidiária introduzida pelo marco civil da internet, conforme acima exposto.

Adota-se neste debate a perspectiva das transformações que procuram ampliar a efetividade da cláusula geral de tutela da pessoa humana. Por isso, os dispositivos da Lei nº 12965/14 que serão analisados causam tamanha perplexidade. É possível que o problema esteja no fato de, não obstante contemplar o direito à privacidade em vários artigos, ter optado por eleger como fundamento para a disciplina do uso da internet o respeito à liberdade de expressão e, assim, tender a privilegiar esta em detrimento daquela, demandando quanto a este aspecto, no nosso sentir, o aperfeiçoamento.

¹ AgRg no REsp 1402104 / RJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0154715-6 - Ministro RAUL ARAÚJO (1143) - QUARTA TURMA - Data do Julgamento: 27/05/2014 - Data da Publicação/Fonte: DJe 18/06/2014.

II – MARCO CIVIL DA INTERNET: O DISSENSO EM RELAÇÃO ÀS DECISÕES JUDICIAIS

A Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 ficou conhecida como Marco Civil da Internet, pois, conforme preceitua seu preâmbulo, ‘*estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil*’ e foi criada com o intuito de disciplinar a atuação da União e de seus entes federativos nos casos pertinentes a essa matéria que, até então, não possuía regulamentação específica.

É oportuno transcrever o trecho específico da referida Lei sobre o qual este trabalho se debruça: o Capítulo III, Seção III, que diz respeito à responsabilidade pelos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Trata da responsabilidade do provedor de internet com relação aos conteúdos inseridos em páginas de seu domínio que possam ferir, por exemplo, a honra, a imagem e até mesmo a dignidade de outrem.

Seção III

Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros

Art. 18. **O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.** (grifos nossos)

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,** 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. (grifos nossos)

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 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.

§ 3º 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.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

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.

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.

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. (grifos nossos)

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Muitas vezes a lei surge depois que os fatos sociais e os conflitos deles decorrentes já estão postos no convívio interpessoal, demandando soluções perante o Poder Judiciário, pois quando o legislador se omite, não regulando situações dignas de tutela, os vazios precisam ser preenchidos pelo juiz, que não pode negar proteção nem deixar de assegurar direitos diante da

ausência de lei². E, com a chamada Lei do Marco Civil da Internet, aqui analisada – ressalte-se mais uma vez, apenas no que tange ao conteúdo gerado por terceiros e a responsabilidade dos provedores, não foi diferente. Por isso, torna-se necessária uma apreciação da forma como o tema vinha sendo tratado até a elaboração da legislação específica, com vistas a identificar eventuais retrocessos.

Todo sítio eletrônico, mais especificamente as redes sociais – onde frequentemente são divulgadas fotos, feitos comentários, postados vídeos – possuem uma seção denominada “termos de uso” ao qual todo usuário que pretende utilizar aqueles serviços precisa aderir. Nesses “termos de uso”, dentre outras, há cláusulas que proíbem o usuário de divulgar conteúdo que infrinja direito alheio, que permitem ao provedor retirar conteúdos que considere ofensivos etc, assim como disponibiliza meios de se comunicar a ofensa a algum direito, para que sejam adotadas medidas que o provedor considerar pertinentes, tal como retirar o conteúdo do ar. Ocorre que o controle das violações de direitos nessas redes sociais, assim como em relação aos provedores quanto ao conteúdo divulgado, é feito de modo quase que aleatório pelos responsáveis pelos sítios eletrônicos, tendo em vista, sobretudo, o aumento do número de ações judiciais propostas em razão de violações de direitos ligados à personalidade.

Em pesquisa de decisões judiciais de segunda instância, realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, utilizando como palavras chave o principal provedor de conteúdo, Google e duas das principais redes sociais: Facebook e Orkut, (esta desativada em 30 de setembro de 2014) o resultado comprova o antes afirmado. Veja-se: a) com a palavra chave “Google” – em 2010, 19 decisões judiciais; em 2011, 21; em 2012, 30; em 2013, 31 e em 2014 – 45; b) com a palavra chave “Facebook” – em 2010, nenhuma decisão judicial; em 2011, também nenhuma; em 2012, 2; em 2013, 12; em 2014, 37; c) com a palavra chave “Orkut” – em 2010, 23 decisões judiciais; em 2011, 20; em 2012, 26; em 2013, 23 e em 2014, 30.

A mesma pesquisa realizada no Superior Tribunal de Justiça, no período entre 2010 e 2014, para a palavra chave “Google”, retornou 23 decisões judiciais, para “Facebook”, 4 e para “Orkut”, 35.

² Segundo Maria Helena Diniz (2009: 110), o fato de não haver previsão legal para situações específicas não significa inexistência de direito à tutela. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática.

Assim, o Marco Civil da Internet busca regulamentar situações que clamavam por regulação e ficavam ao alvedrio dos julgadores.

Informação a que se deve dar destaque é que, nos “Termos de Uso” antes mencionado, também se encontram cláusulas que eximem o provedor de qualquer responsabilidade que possa ser gerada por violação dos direitos de terceiros, conforme se observa da cláusula retirada do termo de responsabilidade da Rede Social Twitter:

4. Conteúdo nos Serviços

Todo o Conteúdo, disponibilizado publicamente ou transmitido de forma privada, é da exclusiva responsabilidade da pessoa que o originou. O Twitter não controla ou monitora o Conteúdo disponibilizado ou publicado através dos Serviços, não assumindo qualquer responsabilidade em relação àquele. A utilização de qualquer Conteúdo ou materiais disponibilizados ou publicados através dos Serviços ou obtidos por você através destes, assim como qualquer decisão tomada por você com base nesses, serão de sua exclusiva responsabilidade.³

Apesar da existência de cláusulas como esta – que eximem a responsabilidade do provedor – era pacífico nos Tribunais brasileiros o entendimento de que o provedor possuía, sim, responsabilidade pelos danos causados, sendo esta responsabilidade solidária a do usuário que divulgou o conteúdo ofensivo, conforme se observa dos trechos extraídos de algumas decisões, *in verbis*:

“Não há como prosperar a preliminar alegada pela recorrente, pois o prestador de serviço de um site de relacionamento que permite a publicação de mensagens na internet, sem que haja um efetivo controle, ainda que mínimo, ou dispositivos de segurança para evitar que conteúdos agressivos sejam veiculados, sem ao menos possibilitar a identificação do responsável pela publicação, **deve responsabilizar-se pelos riscos inerentes a tal empreendimento**”⁴. (grifos nossos)

“(…) ao ser comunicado de que determinada mensagem possui conteúdo ilícito, está o provedor obrigado a retirar imediatamente o

³ TWITTER. Termos e condições de utilização dos serviços. Disponível em <https://twitter.com/>. Acesso em 20 de mai. 2014.

⁴ Supremo Tribunal Federal. Google – redes sociais – sites de relacionamento – publicação de mensagens na internet – conteúdo ofensivo – responsabilidade civil do provedor – danos morais – indenização – colisão entre liberdade de expressão e de informação vs. Direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Repercussão geral reconhecida pelo plenário virtual desta corte. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo nº 66086/MG. Google Brasil Internet LTDA e Aliandra Cleide Vieira. Relator: ministro Luiz Fux. Decisão em 22/03/2012. Publicado em 07/11/2012. Repercussão geral reconhecida.

conteúdo ofensivo, sob pena de, por omissão, **responder solidariamente com o autor direto do dano**⁵. (grifos nossos)

“Haverá responsabilidade subjetiva do provedor de busca, quando: I) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, **passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide**; II) não mantiver um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, **a fim de coibir o anonimato**”⁶. (grifos nossos)

Pela análise das decisões é possível perceber que, tendo sido disponibilizado conteúdo ofensivo e o provedor informado que tal publicação atinge a honra, a dignidade ou que, exclusivamente, se trata de conteúdo particular divulgado sem autorização, o Poder

⁵ Supremo Tribunal Federal. Civil. Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos. Inadmissibilidade. Incidência da súmula n. 7/STJ. Danos morais. Redução da indenização. Inviabilidade. Razoabilidade na fixação do *quantum*. Divergência jurisprudencial não demonstrada. Decisão mantida. 1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem incursão no contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ. 2. No caso concreto, a análise das razões apresentadas pela recorrente quanto à ausência de responsabilidade civil e à inexistência de comprovação do dano moral demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial. 3. Somente em hipóteses excepcionais, quando o valor da indenização por danos morais arbitrado na origem se distancia dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do óbice da referida súmula para possibilitar a revisão, hipótese não verificada no caso. 4. A incidência da referida súmula também obsta o conhecimento do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, consoante a jurisprudência desta Corte. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo Regimental no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 431.271 - RJ (2013/0378014-3). Google Brasil Internet LTDA e Carla Angelo Devecchi. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Acórdão em 22/04/2014. Decisão mantida.

⁶ Supremo Tribunal Federal. Recurso especial. Agravo regimental. Direito eletrônico e responsabilidade civil. Danos morais. Provedor de busca na internet sem controle prévio de conteúdo. Mensagem ofensiva. Responsabilidade subjetiva não caracterizada. Súmula 7/STJ. Não incidência. Agravo desprovido. 1. Este Tribunal Superior, por seus precedentes, já se manifestou no sentido de que: I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas em site por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor de busca na internet, que não realiza controle prévio de conteúdo inserido e disponibilizado por usuários, pelo que não se lhe aplica a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia dos conteúdos postados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor de mera busca. 2. Haverá responsabilidade subjetiva do provedor de busca, quando: I) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; II) não mantiver um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato. 3. O fornecimento do registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio satisfatório de identificação de usuários. 4. Na hipótese, o Tribunal local não delineia fato algum acerca de possível notificação extrajudicial ou judicial comunicando o ilícito ao provedor e de conduta omissiva deste a ensejar a configuração de sua responsabilidade subjetiva. 5. Diante do panorama fático-jurídico delineado pela instância ordinária, a conclusão pela reforma do v. acórdão recorrido, afastando-se a condenação por danos morais, não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 6. Agravo regimental não provido. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1395768 / RJ. Elma Eni dos Santos e Google Brasil Internet LTDA. Relator: Ministro Raul Araújo. Acórdão em 22/04/2014. Publicado em 22/05/2014. Agravo regimental não provido.

Judiciário vinha decidindo que era responsabilidade do provedor retirar o conteúdo do ar, em prazos determinados pelos juízos, que variavam, em regra, de 24 a 72 horas. Caso isso não ocorresse, o provedor seria responsabilizado, solidariamente ao usuário responsável pela inserção do conteúdo, pelos danos causados ao ofendido.

Aqui se encontra um dos cerne da presente discussão. O capítulo da nova lei traz, em seus artigos, determinações em sentidos absolutamente opostos ao entendimento que, historicamente, vinha sendo empregado pelo Poder Judiciário brasileiro⁷.

Nos primeiros artigos da referida seção supra transcrita encontram-se os seguintes termos: “O provedor de conexão à internet **não será responsabilizado civilmente** por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros” e “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**, 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.” (grifos nossos)

Tem-se, então, uma completa divergência quanto ao que vinha sendo aplicado pelo Poder Judiciário brasileiro com a redação da Lei do Marco Civil da Internet. A partir da leitura de seus artigos é possível afirmar que os provedores de internet não serão responsabilizados civilmente e que somente terão obrigação de retirar do ar conteúdo que possa estar ferindo a honra e a dignidade de outrem, mediante ordem judicial.

Não se pode esquecer que dignidade da pessoa humana e honra configuram valores relevantíssimos no Direito Brasileiro, insertos dentre os direitos da personalidade, ou seja, aqueles inerentes ao homem, como pessoa, e a ele ligado de forma perpétua e permanente. Francisco Amaral (2014: 741) define os direitos da personalidade como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.

⁷ É relevante destacar que, na ausência de lei específica, o Poder Judiciário seguia a orientação do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, importante regra a respeito da teoria da interpretação: “na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”. Os dois conceitos vagos nele contido estão delimitados, minimamente, pelos princípios contidos no texto constitucional, não dependendo de noção arbitrária de qualquer magistrado.

Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves (2014: 876), “destinam-se os direitos da personalidade a resguardar a dignidade humana por meio de medidas judiciais adequadas, que devem ser ajuizadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto”. Tais direitos passaram a ser identificados como o meio de proteção de um mínimo essencial, espécie de salvaguarda para o pleno desenvolvimento da pessoa, como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes a essa condição. Este é o sentido destacado por Orlando Gomes (2007: 153):

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental contido na Constituição de 1988, em seu artigo 1º, inciso III que o traz como fundamento da República Federativa, assim como os direitos da personalidade àquele atrelado, também se encontram na Lei Maior, em seu artigo 5º, inciso X.

Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

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

Assim, fica nítida a relevância de tais direitos, bem como a necessidade de sua preservação. Mas não parece ser o que ocorrerá com a aplicação da lei em análise. Em pesquisa realizada no dia 12/03/2015, no sítio do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, não havia, ainda, nenhuma decisão aplicando a Lei do Marco Civil da Internet, tendo em vista que

os fatos ocorridos sob a égide da nova lei não tiveram tempo hábil de serem julgados em primeira e segunda instâncias.

Se a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental contido na Constituição da República, considerado cláusula pétrea⁸, tal como a honra e a imagem, é, portanto, direito fundamental devendo preponderar em detrimento de outros considerados menos relevantes⁹. Deste ponto de vista, é irrazoável condicionar a uma ordem judicial expressa para tal, a retirada de conteúdo ofensivo e, somente caso assim não aja, responsabilizar o provedor.

Ainda, conforme se observa da leitura do artigo 21 da referida lei supra transcrita, o provedor será responsável subsidiariamente¹⁰, e não mais solidariamente, no caso de divulgação sem autorização de conteúdo de caráter sexual após a notificação feita pelo participante ou seu representante legal.

E se será assim, uma questão precisa ser discutida: por que a nova lei não leva em consideração os direitos que vinham sendo garantidos pelas decisões judiciais, como a responsabilidade do provedor, caso não retirasse o conteúdo 24h após a solicitação? Tal ponderação é absolutamente relevante, tendo em vista alguns aspectos a seguir abordados.

Tendo em vista os trâmites processuais pertinentes ao Poder Judiciário brasileiro, principalmente com relação à citação¹¹ – que nesses casos, se dá por meio de carta precatória¹² –, irá transcorrer um longo período de tempo até que o conteúdo seja retirado do ar. Seria a lei mais eficaz do que a tradição jurisprudencial vinha determinando? Não estaria assim o referido dispositivo agravando o dano causado? Se é de responsabilidade do provedor retirar o conteúdo ofensivo de caráter sexual após a notificação, porque sua responsabilidade é subsidiária àquele que divulgou? A omissão em retirar o conteúdo não é causa de dano direto ao ofendido?

⁸ “Dispositivo constitucional que não pode ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais”. Fonte: <http://www12.senado.gov.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-petrea> acesso em 25/08/2014.

⁹ Com exceção dos conflitos entre direitos fundamentais onde esses serão analisados de acordo com o caso concreto (*hard cases*).

¹⁰ Entende-se por responsabilidade subsidiária aquela decorrente da não possibilidade do responsável principal em cumprir com sua obrigação. O que difere da responsabilidade solidária, onde ambos são responsáveis concomitantemente.

¹¹ Ato processual pelo qual a parte ré é chamada a integrar o pólo passivo da ação, podendo exercer assim o direito ao contraditório.

¹² Procedimento judicial utilizado para integrar a parte ao processo judicial que não possui residência ou sede na comarca em que se propõe a ação.

Continuando na problematização do tema, é possível citar o caso do aplicativo “*Secret*” que gerou grande polêmica no âmbito jurídico-social.

Tal aplicativo foi criado para que as pessoas nele inscritas pudessem compartilhar pensamentos e segredos pessoais de forma anônima, sem que outrem os pudessem identificar. Mas essa garantia de anonimato dos autores das publicações transformou essa “rede social” em uma ferramenta de disseminação de ofensas, de exposição da imagem de terceiros sem os seus respectivos consentimentos etc. Usuários realizavam postagens com conteúdo ofensivo, imagens degradantes, expondo a vida pessoal de terceiros de forma anônima, o que é expressamente vedado pela Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso IV, que afirma ser livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Deparou-se assim o ofendido com a dificuldade para se livrar deste problema. Para solicitar a remoção do conteúdo ofensivo do aplicativo, deveria redigir a solicitação em inglês, haja vista que nem mesmo os termos de uso podem ser encontrados em língua nacional.

Caso não tivesse o ofendido sua solicitação atendida, deveria ingressar com uma ação judicial para tal. Surge, então, o segundo problema. Não havia no Brasil uma filial da empresa responsável pelo aplicativo *Secret*. O pólo passivo da ação judicial seria pessoa jurídica com endereço no exterior e o procedimento para citação em outro país é extremamente moroso (carta rogatória), mais do que o caso da citação por carta precatória antes mencionada.

Tendo em vista as inúmeras violações a direitos geradas e, mais grave, a ofensa a preceito constitucional brasileiro, o Ministério Público do Espírito Santo, ingressou com uma Ação Civil Pública nº 0028553-98.2014.8.08.0024, perante a 5ª Vara Cível de Vitória, objetivando a retirada do aplicativo do ar, ao que o Poder Judiciário determinou que fosse feito, em decisão de caráter liminar, estando o processo ainda em curso.¹³

Em que pese a retirada do aplicativo do ar, conforme dito anteriormente, seu provedor, a seguir-se, exclusivamente pela letra da lei, não sofreria qualquer sanção por não retirar o conteúdo ofensivo que se propaga pela rede mundial de informação, que é a internet,

¹³ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/juiz-manda-apple-google-removerem-aplicativo-secret-celulares>, onde é possível o redirecionamento para visualização da petição inicial bem como da decisão judicial. Acesso em 03/03/2015.

sem ordem judicial específica para tal ato. Isso tende a gerar um descaso maior por partes daqueles que hospedam em seus provedores o conteúdo ofensivo.

Fica claro e evidente que a referida lei, neste ponto específico, infringe um dos princípios fundamentais contidos na Constituição da República de 1988, o princípio da isonomia. Explica-se: ao eximir o provedor de qualquer responsabilidade e obrigar o ofendido a buscar o socorro do Poder Judiciário, sabidamente moroso em seu funcionamento, prejudica, e muito, a proteção aos direitos violados e desobrigando o provedor perante terceiros, atribuindo-lhe somente a responsabilidade subsidiária em casos de extrema ofensa à honra e a dignidade, estaria assim sobrepujando o direito dos mais fortes em relação aos mais fracos, não tratando assim os desiguais, na medida de sua desigualdade¹⁴. Apenas estaria aumentando a desigualdade já flagrantemente existente entre as partes.

Portanto, resta claro o retrocesso trazido pela nova lei ao cenário legislativo brasileiro, uma vez que sua aplicação torna mais dificultosa a retirada de conteúdos da internet com material ofensivo à dignidade da pessoa humana, à sua honra e/ou que atinjam sua moral, o que configura clara violação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A questão da veiculação de mensagens, imagens e de outros conteúdos pela internet – rede de comunicação mundial de fácil e rápido acesso – deve ser tratada com rigor e extrema sensibilidade. A elaboração de uma lei específica para tratar desses casos é de suma importância, desde que se observe o respeito à isonomia e aos demais valores e princípios fundamentais norteadores do sistema jurídico brasileiro que, como demonstrado, não foram observados.

III - DO DIREITO À PRIVACIDADE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA LEI 12.965/2014 - MARCO CIVIL DA INTERNET: UM RETROCESSO NORMATIVO

¹⁴ Segundo José Afonso da Silva (2015: 217), a Constituição da República reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais. Assim é que, já no mesmo art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Através da universalização das normas jurídicas, objetiva a superação das desigualdades entre as pessoas, em razão da aplicação da mesma lei a todos. Porém, a igualdade material exige a igualdade de tratamento pelo direito vigente dos casos iguais, bem como a diferenciação no regime normativo em face de hipóteses distintas.

No contexto do direito civil constitucional, a tradicional divisão do direito em público e privado foi revista e teve seu conteúdo qualitativo esvaziado, sendo atualmente um consenso na doutrina jurídica a noção de abandono pelo direito civil da ideia de predomínio da vontade individual; bem como o fato de o direito público não contemplar mais apenas a noção de subordinação do cidadão. O impacto desta mudança foi profundo e proporcionado pela Constituição da República de 1988, entre outros fatores, pela opção de colocar a pessoa humana como o principal centro de atenção de todo o ordenamento jurídico, "oferecendo o substrato filosófico e jurídico necessário para a tutela dos direitos humanos" (TEPEDINO, 1999: 27), ao contrário de passado recente, em que a proteção conferida ao patrimônio era o objetivo primordial. Desde então, o princípio da dignidade da pessoa humana, legitima toda a ordem jurídica, "sendo considerado o valor-fonte fundamental do Direito contemporâneo" (REALE, 1998: 63).

Com a superação da técnica da tipificação dos direitos fundamentais e, no intuito de proteger de maneira irrestrita a personalidade e o seu pleno desenvolvimento, o esforço hermenêutico do aplicador da lei passou a ser na direção da efetivação dos valores existenciais e princípios constitucionais, sobretudo nas relações inter individuais (não somente na relação entre Estado-indivíduo). Esse esforço tornou-se redobrado diante da dificuldade de dominar o avanço, cada dia mais avassalador, da tecnologia ligada ao ciberespaço, baseada na ideia de que tudo o que for científica ou tecnologicamente possível será feito, ainda que em detrimento do custo emocional ou até mesmo de eventual dano à pessoa¹⁵. Logo, o número de incertezas e questões sem solução é proporcional ao crescimento dos horizontes do saber.

Iniciativa importante do ordenamento jurídico brasileiro buscando abreviar a defasagem entre as transformações que não foram somente técnico-científicas, mas também abrangeram aspectos ético-culturais está na garantia de direitos específicos pertinentes às categorias reconhecidamente merecedoras de maior proteção, em virtude da consolidação da noção de vulnerabilidade¹⁶, como é o caso dos consumidores, das crianças e adolescentes, dos

¹⁵ A mesma observação vale para os avanços científicos percebidos em outros contextos, como o campo da manipulação genética (clonagem humana, reprodução assistida), da energia nuclear, do meio ambiente que também trazem situações-limite que demandam posicionamento ético-político-jurídico de toda a sociedade. São questões nas quais não há neutralidade. Assim, as pessoas mais habilitadas a dar a palavra final não devem ser os especialistas destas mesmas áreas.

¹⁶O estudo do conceito de vulnerabilidade, na área do Direito, tem se concentrado nas relações de consumo. Este trabalho alinha-se à corrente que entende não existir diferença ontológica entre vulnerabilidade e

idosos, etc. Nesse sentido, a Lei nº 12.965/2014, ora em debate, caso tivesse acolhido esta noção tão cara à vida em sociedade e dispusesse a regulamentar toda a atividade direta ou indiretamente ligada à utilização da rede mundial de computadores poderia alcançar a envergadura de microssistemas notabilizados pela relevância, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto do Idoso. Todos indicam que sempre poderão surgir novas situações em relação às quais a condição de vulnerabilidade se torna evidente, demandando proteção especial, diferenciada.

Trata-se aqui de compreender que, em razão da cláusula geral de tutela da personalidade, a noção de vulnerabilidade pode ser aplicada para além da relação de consumo, adotada por alguns doutrinadores, alcançando também aspectos existenciais e sociais, estando presente em vários outros campos do saber, como as áreas dos direitos humanos e da saúde pública¹⁷, com os quais o Direito já vem dialogando, uma vez que cuidam de questões que também se revelam úteis para a compreensão jurídica. A título também ilustrativo é pertinente ressaltar que, desde 2005, com a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, tal noção está contemplada no artigo 8º ("Do respeito pela vulnerabilidade e integridade individual") da seguinte forma:

A vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada.

Nesta linha de raciocínio, no "mundo virtual", qualquer pessoa conectada à rede mundial de computadores, pode ser considerada vulnerável¹⁸, visto que passível de ser atingida em seu complexo psicofísico. É evidente que pessoas distintas diante de situações

hipossuficiência. Heloisa Helena Barboza (2009: 108), esclarece sobre a divergência quanto à distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência. Segundo uma corrente, os conceitos são distintos, sendo a vulnerabilidade uma "qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica; enquanto a hipossuficiência é característica restrita aos consumidores que além de presumivelmente vulnerados vêem-se agravados nessa situação por sua individual condição de carência natural, material, ou como ocorre com frequência, ambas.

¹⁷ A partir da década de 90, em virtude da preocupação com explosivo aumento dos casos de AIDS, a noção de vulnerabilidade se tornou recorrente também na área da saúde pública.

¹⁸ Segundo o dicionário da língua portuguesa (FERREIRA, 2010: 790) são palavras relacionadas ao conceito de vulnerabilidade: risco, insegurança, perigo, sofrimento, desproteção, indefensabilidade. De acordo com Fermin Schramm (2008: 20), o conceito de vulnerabilidade (do latim *vulnerabilis*, "que pode ser ferido") refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, que pode eventualmente, ser "vulnerado" em situações contingenciais. Trata-se de noção afeta a todos os seres humanos e que demanda a análise das circunstâncias a que está submetido determinado grupo ou pessoa, para configurar sua vulnerabilidade.

idênticas de ofensa podem apresentar suscetibilidades e, por isso, podem reagir de modo diverso. Daí a necessidade de um parâmetro normativo que oriente os magistrados no caminho do zelo e da diligência no âmbito da proteção da dignidade humana, evitando-se também avaliações subjetivas que podem tender a estigmatização, ao paternalismo e ao autoritarismo, riscos potencializados em face da omissão legislativa, já que o Marco Civil da Internet desconsiderou o conceito de vulnerabilidade.

Além disso, é importante ressaltar que este debate sobre a divulgação de dados, fotos ou informações pessoais por terceiros através da internet, em virtude do conflito entre duas situações subjetivas amparadas em princípios constitucionais, quais sejam, de um lado a liberdade de expressão; e de outro a inviolabilidade da vida privada, deve ser analisado sob a égide da ponderação de direitos fundamentais, considerando-se a dignidade da pessoa humana como “a medida de ponderação” (MORAES, 2010; SARLET, 2011). É inclusive nessa direção o entendimento de que o único limite à proteção de um direito fundamental da pessoa é a presença de outro direito de mesma natureza (SARMENTO, 2010).

Em sede de ação de compensação por dano moral¹⁹, na colisão em que estejam implicados o direito à liberdade de expressão e informação e o direito à privacidade²⁰, as decisões judiciais normalmente consideram os seguintes critérios: notoriedade da vítima, o local (público ou não) em que o fato noticiado ocorreu, a finalidade da divulgação da informação e a existência ou não de interesse social na divulgação da mesma. Os dois primeiros critérios não se aplicam às situações implicadas neste debate; mas os dois últimos são essenciais. Não há interesse público na divulgação de fatos que afetam e dizem respeito exclusivamente ao titular do direito à privacidade ofendido.

As decisões elencadas no item anterior demonstram que, considerando as circunstâncias de cada caso concreto específico levado ao Poder Judiciário, a tutela da integridade psicofísica da pessoa usuária da rede, quando colocada em risco pela ofensa à sua honra, imagem ou privacidade ou intimidade, tendia a prevalecer.

¹⁹ A responsabilidade civil, conforme já destacado, é tema que restou profundamente modificado em virtude da CRFB/88. Sob a égide do Código Civil de 1916 apresentava como norte o comportamento desejado (doloso) ou não (culposo) que causava um dano. A perspectiva contemporânea é diversa: a preocupação maior está na reparação do dano injusto. Além disso, com base no princípio da solidariedade social é marcante a tendência de ampliação da objetivação da responsabilidade visando a reparação integral, coerente com a ideia de prioridade conferida a personalidade humana.

²⁰ Este trabalho utiliza a expressão direito à privacidade no sentido mais ampliado possível: capaz de abranger qualquer aspecto pertinente à integridade moral, tais como: a honra, a imagem o nome, ou seja, qualquer direito moral do autor, etc.

Assim, apesar de muito aguardado, o Marco Civil da Internet, está na contramão das transformações que procuram ampliar a efetivação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, não somente pelo fato de introduzir a responsabilidade subsidiária, como já tratado anteriormente, mas também em razão de privilegiar uma suposta liberdade de expressão ou de manifestação²¹ em detrimento do direito à privacidade e intimidade. Esta última questão resta nítida pela opção de utilizar em vários artigos a expressão: "conteúdo gerado por terceiros", sem definir ou abordar sobre o tipo de conteúdo permitido ou proibido. O ideal teria sido regulamentar o uso de informações pessoais por terceiros, já que o risco de utilização abusiva de dados pessoais é sempre potencializado em razão do – inicial – anonimato proporcionado pelo meio de divulgação digital, além da eventualidade dessas informações não serem corretas ou representarem erroneamente o titular e, principalmente, pelo fato de não ter havido a autorização de quem de direito para a exposição da informação veiculada ainda que seja verdadeira.

Nesse sentido, interessante a noção de informação pessoal traçada pelo Conselho Europeu, por meio da Convenção de Strasbourg, de 1981: "informação pessoal é qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou susceptível de identificação". Segundo Doneda (2011, p: 03) "é explícito, portanto, o mecanismo pelo qual é possível caracterizar uma determinada informação como pessoal: o fato de estar vinculada a uma pessoa, revelando algum aspecto objetivo desta".

A partir destas colocações não é difícil visualizar a correlação entre a divulgação de informação pessoal e privacidade: quanto maior a divulgação, maior o risco de violação à privacidade. No entanto, é necessário ressaltar que escapam do objeto deste trabalho a utilização e proteção conferida às informações pessoais, em especial em relação aos chamados dados sensíveis, tais como: o histórico clínico; a orientação religiosa, política e sexual; o

²¹ Não se intenta diminuir a importância da liberdade de expressão consagrada pela Constituição da República de 1988, como garantia de um Estado Democrático de Direito, no art. 220. Ao revés, deve ser sempre festejado o fim do período de ditadura militar que impôs a censura a várias formas de manifestação cultural. No entanto, é importante lembrar que a imprensa no Brasil começou com a sua proibição, em 1747, pela Corte portuguesa, vetando a impressão de livros e avulsos. Somente em 1808 com a Corte de Portugal no Brasil que veio a Imprensa Régia. Mais tarde esta imprensa foi transformada na Imprensa Nacional e hoje corresponde ao Diário Oficial da União lançado em 1862 (BRANT, 2007). Cabe, também, ressaltar que a primeira Constituição Brasileira, promulgada em 1824, já dispunha sobre a liberdade de expressão, mas cogitava de responsabilidade por eventuais abusos. Reza o artigo 179, IV: "todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos e publica-los pela imprensa, sem dependência de censura; com tanto que hajam, de responsabilidade pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos e pela forma que a lei determinar" (REIS, 2014). Quase todas as demais Constituições promulgadas, em maior ou menor medida, mantiveram a mesma ideia. Algumas leis especiais também regulamentaram o direito à liberdade de pensamento e de informação.

histórico trabalhista, dentre outros dados, em bancos de dados informatizados que têm tornado possível a descoberta de aspectos importantes de da intimidade das pessoas²². O foco está no uso de informações pessoais por terceiros que pode ser considerado ofensivo pelo titular, desde 2014, desprotegido por conta do Marco Civil da Internet.

Note-se que a temática da proteção à privacidade ganhou maior relevância com o aumento da importância dada à informação e celeridade de sua veiculação. O sentido mais remoto deste aspecto da personalidade estava ligado ao denominado "direito ao alheamento"²³, ao "direito de estar só", ao legítimo "direito de ser deixado em paz". Trata-se de período remoto no qual os especialistas no assunto (BITTAR, 1989; CUPIS, 2004; BELTRÃO, 2005) ainda debatiam sobre a existência ou não da tutela da privacidade pelo ordenamento jurídico, bem como sobre as variações de amplitude, a exemplo da locução direito à intimidade, se esta albergava também o direito ao segredo, o direito ao recato, o direito ao sigilo, direito ao respeito à vida privada, etc. De lá para cá, a envergadura alcançada não somente pelo direito à privacidade, mas por todos os demais aspectos da personalidade, acarretou a introdução de um capítulo sobre o tema no Código de 2002, inspirado na realização dos valores constitucionais.

O art. 21 do Código Civil estabelece: "*A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma*". Destaque-se a redação excessivamente genérica do dispositivo, em especial da parte final acima grifada, sugerindo a dificuldade de utilização dos instrumentos tradicionais de tutela contidos no ordenamento jurídico. Ressalta-se aqui a importante correlação deste dispositivo com o art. 12 que trata, especificamente, da tutela dos direitos da personalidade: "Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão a direito da personalidade e, reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei". A esta altura já resta nítida a noção de que a tutela da personalidade deve ser integral, garantida

²² Segundo Danilo Doneda (2000: 130) foi na década de 1960 que juristas europeus e norte-americanos começaram a vislumbrar o potencial de dano representado pela informatização de informações pessoais. Na década seguinte, começaram a surgir os primeiros meios de proteção, de acordo com a visão tecnocultural da época tendo como referencial os modelos de difusão de informações dos meios culturais de massa. A partir daí foram elaboradas leis sobre o tratamento automático da informação. O chamado Projeto Genoma, destinado a mapear o código genético humano, promoveu amplo debate sobre a facilidade com que as informações pessoais podem ser obtidas, e o uso que se poderia fazer disso em cotejo com a consequente diminuição da liberdade do cidadão.

²³ Os conceitos de privacidade e intimidade estão interligados. O primeiro diz respeito aos fatos que, atendendo ao desejo do titular, não devem ser publicizados; o segundo é pertinente aos fatos que o titular não compartilha nem com as pessoas mais próximas.

sua proteção em qualquer situação. No entanto, este artigo toca em questão fundamental tendente a ampliar ainda mais o espectro de proteção: a tutela inibitória.

Neste ponto reforça-se a discussão apresentada no início deste trabalho: na medida em que os sítios presentes na internet não exercem controle/fiscalização sobre os conteúdos disponibilizados por terceiros em seus domínios, é inaceitável que lei editada com o objetivo de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil possa isentar os provedores da responsabilidade pelos danos causados, estabelecendo que responderão, apenas, subsidiariamente caso não retirem o conteúdo após decisão judicial neste sentido.

IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível afirmar que a Lei nº 12965/14, o "Marco Civil da Internet", apenas inicia trajetória legislativa sobre o uso da internet no Brasil. É provável que siga o caminho de tantas outras leis também editadas para regulamentar questões complexas: entram em vigor apresentando problemas em sua redação, mas com o tempo vão sendo aperfeiçoadas. Isto se deve a fatores variados. Dois deles merecem destaque considerando as questões propostas neste artigo: a) o conservadorismo do Poder Legislativo que, muitas vezes, debate de forma rasa os temas e é, também por isso, responsável por omissões imperdoáveis; b) o período de tempo de tramitação do projeto de lei que, quando efetivamente convertido em lei, deixa de incorporar as tendências ou posições já consolidadas na jurisprudência.

O marcante descompasso entre o avanço das decisões judiciais e a Lei nº 12.965/2014 ficou claramente demonstrado ao longo deste trabalho e enquadra-se, sobretudo, na segunda hipótese acima colocada, pois aquelas responsabilizavam os provedores de conteúdo pelos danos causados em razão de postagens de conteúdo ofensivo solidariamente com os causadores dos danos e, ainda, determinavam prazos curtos para a retirada dos conteúdos do ar. A Lei do Marco Civil da Internet, ao contrário, antes de proteger as vítimas, agarra-se a conceitos importantes, não há dúvidas, como a liberdade de expressão e de informação, mas que em conflito com a necessidade de proteção às pessoas, devem ceder, tendo em vista o fundamento principal do Direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana. A determinação legislativa da responsabilidade subsidiária dos provedores de conteúdo enfraquece sobremaneira a proteção à honra, à privacidade e a já citada dignidade dos que sofrem danos oriundos de postagens ofensivas na internet.

Agravam-se tais danos quando a Lei do Marco Civil da Internet exige ordem judicial específica para compelir os provedores de conteúdo a retirar conteúdo ofensivo, principalmente, os de caráter sexual, do ar. Não é difícil verificar tal agravamento, tendo em vista que a velocidade de reprodução dos conteúdos na internet é absolutamente desproporcional aos procedimentos judiciais que deverão ser adotados até a exclusão do conteúdo. Cabe lembrar que mesmo fora do ar, o conteúdo pode ressurgir a qualquer momento, pois quem teve acesso ao conteúdo pode fazê-lo ressurgir, causando novos danos.

Um terceiro retrocesso ainda pode ser apontado: diversamente da tendência adotada pelo direito processual brasileiro, no novo Código de Processo Civil, apontando para a solução extrajudicial dos conflitos como um meio eficaz de composição interpessoal, o Marco Civil da Internet exige a judicialização da conduta para só então, entender possível compelir os provedores de conteúdo a retirar os materiais danosos.

De toda forma, trata-se de lei ainda recente que vem sendo objeto de análise pela doutrina e jurisprudência, podendo – e aqui entendemos esse poder como dever – sofrer alterações em sua redação, interpretação e aplicação.

V - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos*. In: Cuidado e vulnerabilidade. Coords. PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de. São Paulo: Atlas, 2009.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989

BRANT, Cassio Augusto Barros. *Direito da personalidade x direito da coletividade: a liberdade de imprensa*. DN Direito Net. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3556/Direito-da-personalidade-X-direito-da-coletividade-a-liberdade-da-imprensa>. Acesso em 03/03/2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acessado em 26 de ago. 2014;

BRASIL, Lei 12.965. Marco Civil da Internet. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acessado em 26 de ago. 2014;

CONJUR. <http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/juiz-manda-apple-google-removerem-aplicativo-secret-celulares>, onde é possível o redirecionamento para visualização da petição inicial bem como da decisão judicial. Acesso em 03/03/2015.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas-SP: Romana, 2004

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DONEDA, Danilo. *O Direito à privacidade nos bancos de dados informatizados*. In: Problemas de direito civil-constitucional. Coord. TEPEDINO, Gustavo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *A proteção de dados pessoais como um direito fundamental*. Espaço Jurídico. Editora Unoesc. vol. 12, n.02, pg 91-108 jul-dez. 2011.

FACEBOOK. Declaração de Direitos e Responsabilidades. Disponível em <https://www.facebook.com/legal/>. Acesso em 20 de mai. 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da língua portuguesa*. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atualizado por Humberto Theodoro Jr. 19 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro - Vol. 1 - Parte Geral*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Direito Civil Esquematizado: Parte Geral – Obrigações – Contratos*. São Paulo: Saraiva. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REIS, Cleyton; MONTESCHIO, Horácio. *Liberdade de expressão, direito ao esquecimento e direito da personalidade*. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, João Pessoa - Campus UFPB, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9 ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHRAMM, Fermin Roland. *Bioética da Proteção: ferramenta válida pra enfrentar problemas morais na era da globalização*. Revista Bioética, vol. 16, 1, 16-31.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. *A Influência dos direitos humanos e direitos fundamentais no direito civil brasileiro*. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI, João Pessoa - Campus UFPB, 2014.

_____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TWITTER. Termos e condições de utilização dos serviços. Disponível em <https://twitter.com/>. Acesso em 20 de mai. 2014.