V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

FREDERICO DA COSTA CARVALHO NETO

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

CARLOS LÓPEZ

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Carlos López, Frederico da Costa carvalho Neto e Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-250-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito. 3. Globalização. 4. Relações de consumo. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO, GLOBALIZAÇÃO E RESPONSABILIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Apresentação

Os trabalhos foram apresentados no Grupo de Trabalho “Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo I", durante o V Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 08 a 10 de setembro de 2016, na Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai, sobre o tema “Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina”.

Os artigos provocaram amplos debates e a efetiva troca de experiências entre pesquisadores dos dois países, atingindo os objetivos do encontro para a divulgação da pesquisa sul-americana. O esforço e a dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho como se pode observar na profundidade dos artigos adiante apresentados:

1- A EVOLUÇÃO DA SOCIEDADE, O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E LIBERDADE – A autora aborda a evolução tecnológica e seu impacto no mercado de consumo com ênfase na liberdade de escolha por parte dos consumidores no comércio eletrônico e sua proteção pelo ordenamento jurídico, notadamente pelo Código de Defesa do Consumidor que têm dentre os direitos básicos dos consumidores o direito à livre escolha.

2- A PARTICIPAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL NA GOVERNANÇA SOBRE A EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO OFFSHORE - Neste estudo os autores abordam o desenvolvimento do Direito Internacional Público, em especial, o surgimento de novos sujeitos e atores, bem como a intensificação da complexidade das relações internacionais. Sob este ângulo, a governança surge como procedimento democrático para auxiliar na tomada de decisão sobre assuntos de interesse global, especificamente com relação a proteção sobre a exploração de petróleo offshore e sua relevância socioeconômica e ambiental, apontando os mecanismos da IMO (International Maritime Organization), para a promoção da governança no setor.

3- A RELAÇÃO ENTRE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR VERSUS A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR VULNERÁVEL - A temática, proposta pelos autores, trouxe a discussão da efetiva aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica como meio de resguardar os

direitos do consumidor, concluindo que esta possui a finalidade de adequar a pessoa jurídica aos seus intentos iniciais, coibindo seu uso indevido, protegendo, assim, o consumidor na sociedade de consumo.

4- A RELAÇÃO TRABALHO-CONSUMO NA MODERNIDADE LÍQUIDA - As autoras, analisaram as interações entre trabalho e consumo no contexto de um capitalismo globalizado, utilizando-se das alterações paradigmáticas de valores que ensejaram o que Zygmunt Bauman denominou de modernidade líquida. Investigaram as novas conformações assumidas pelo trabalho e pelo consumo, analisando criticamente o poder de influência que o consumo, em sua modalidade consumista, exerce sobre as relações laborais e, precipuamente, sobre o trabalhador. Concluindo que numa sociedade predominantemente de consumo, o trabalho e o trabalhador tendem a ser instrumentalizados, culminando na inconcebível objetivação e patrimonialização do Direito do Trabalho

5- ESPAÇOS POLÍTICOS DE DELIBERAÇÃO NO ÂMBITO DA POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E SEUS DESAFIOS - Os autores abordam a importância da democracia participativa para demonstrar a responsabilidade cívico/política do consumidor com relação ao sistema protetivo da relação de consumo, bem como o papel do Estado como fomentador da atuação cívica da sociedade civil e as novas perspectivas de concretização de uma democracia deliberativa.

6- FORNECEDOR BYSTANDER POR CATIVIDADE MARCÁRIA NO CO-BRANDING - Neste artigo, os autores, estudaram a utilização do co-branding como tática empresarial para a ampliação e fidelização de mercado, com vistas a identificar a responsabilização pelos danos advindos do fornecimento com uso do co-branding. Sob esta perspectiva analisaram a natureza da relação de consumo, fundamental para a responsabilidade civil, levando em consideração que as marcas são vitais aos negócios contemporâneos por atraírem os consumidores. Assim, apresentaram a relação de consumo na hipótese do co-branding e sua responsabilização civil a partir do fenômeno de sua catividade marcária, estendendo para o campo dos fornecedores a figura do bystander.

7- INFORMAÇÃO E LAZER, ATENDIMENTO DAS NECESSIDADES DOS CONSUMIDORES E O DIREITO DE LIVRE ESCOLHA NOS SERVIÇOS DE TELEVISÃO POR ASSINATURA - O Autor aborda a subtração do direito de escolha do consumidor na aquisição de serviços, tomando como exemplo os serviços de televisão por assinatura. Analisa os direitos à informação e ao lazer assim como a ordem econômica, a livre concorrência e a defesa do consumidor. A autonomia privada e a intervenção do Estado nos serviços públicos prestados sob concessão. A Política Nacional das Relações de

Consumo, e o objetivo do atendimento das necessidades dos Consumidores e sua perseguição pelo Estado, o Direito a livre escolha comprometido pelo advento da Lei nº 12.485/2011.

8- OS ESTÍMULOS CONSUMERISTAS FRENTE À PUBLICIDADE ALIMENTAR: UM ESTUDO COMPARADO SOBRE A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS NO SURGIMENTO DA OBESIDADE INFANTIL NO BRASIL E NO URUGUAI. - A pesquisa das autoras, apresentou um importante corelacionamento entre a saúde infantil e os estímulos consumeristas da sociedade moderna, demonstrando que a exposição dos infantes à publicidade do consumo contribui para o desenvolvimento de doenças precoces, especialmente as relacionadas aos problemas com a obesidade infantil. Ao final, analisaram a existência, de forma comparativa, das normas regulamentadoras da temática no Brasil e no Uruguai.

9 - OS RISCOS DOS COMPONENTES QUÍMICOS DAS EMBALAGENS PLÁSTICAS E A IMPUTAÇÃO COLETIVA DE GUNTHER TEUBNER - Sob este tema, a autora, demonstrou a extensão interdisciplinar do direito do consumidor com a saúde e o meio ambiente, partindo para tanto da matriz pragmático-sistêmica, através da observação da relação entre os riscos dos componentes químicos das embalagens plásticas em contato com os alimentos, da cadeia industrial do setor dos plásticos e da imputação na responsabilidade civil. O estudo teve por objetivo final demonstrar que em razão de haver uma rota produtiva que envolve variadas organizações, depara-se com a dificuldade da imputação singular e, ao mesmo tempo, realizar uma associação com à noção de imputação coletiva de Gunther Teubner.

10 - PRIMEIRAS LINHAS ACERCA DO TRATAMENTO JURÍDICO DO ASSÉDIO DE CONSUMO NO BRASIL - Neste trabalho, os autores, analisaram o assédio de consumo, objetivando esboçar os contornos dogmáticos de uma figura ignorada pelo direito brasileiro. Buscaram identificar as características mais salientes da Sociedade de Consumo e desenharam uma proposta de tratamento das patologias havidas nesta seara, sustentando, ao final, a possibilidade, mesmo na ausência de regra específica sobre a matéria, de tutela dos consumidores, eventualmente, assediados pelo Mercado.

11 - RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CELEBRIDADES NA PUBLICIDADE ILÍCITA - O autor, abordou a complexidade da publicidade no Direito do Consumidor, sob o ângulo da possibilidade de esta vir ser veículo de ilicitude que, com frequência, lesa os consumidores. Demonstrou que a eficiência publicitária depende do seu poder de persuasão e da credibilidade de suas fontes emissoras, deixando claro o papel fundamental das celebridades que dela participam, as quais exercem grande influência sobre o público e fazem

com que muitos consumidores acreditem nas suas opiniões, preferências e recomendações. Sob este aspecto, o estudo buscou a possibilidade de responsabilização civil das celebridades que participam de publicidades em desacordo com o Código de Defesa do Consumidor.

12 - RESPONSABILIDADE CIVIL DAS REDES SOCIAIS PELOS DANOS CAUSADOS POR SEUS USUÁRIOS - O tema tratado pelos autores traz uma questão incômoda da sociedade moderna, relacionada à dificuldade de responsabilização das redes sociais pelo conteúdo nelas veiculados. Os pesquisadores sustentam que as empresas mantenedoras de redes sociais na internet podem ser responsabilizadas pelos danos causados por seus usuários, para tanto, propõem uma interpretação analógica do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor, para que as redes sociais respondam pelos danos causados por meio de suas plataformas, quando não for possível a identificação do usuário causador do dano.

13 - SUPERENDIVIDAMENTO E FALÊNCIA IDENTITÁRIA: A SOLIDARIEDADE SOCIAL COMO MECANISMO DE REVITALIZAÇÃO DO SER HUMANO - A discussão trazida pelo autor teve por elemento central demonstrar que a dignidade da pessoa humana, numa sociedade consumista, está intrinsecamente atrelada à participação do cidadão no consumo de bens e serviços para sua subsistência. Neste ambiente, a falência identitária do ser humano, retira-lhe a essência de protagonizar negócios jurídicos, além de produzir sua exclusão social e esfacelar sua identidade na sociedade globalizada, rompendo sua natureza humana para convívio digno com seus pares. Como solução a este problema, o autor, propõe o restabelecimento de padrões mínimos existenciais e a garantia da reintegração social do cidadão superendividado, havendo necessidade de se efetivar mecanismos de proteção aos consumidores através da solidariedade social como base de interlocução jurídica dos agentes econômicos.

14 - ¿PORQUE , OS PARAÍSOS FISCAIS OFFSHORE CENTROS GERAM RISCO DE LAVAGEM DE DINHEIRO? - A autora analisou tema significativo, de pouco interesse investigativo, tendo em vista seu caráter sensível, especialmente relacionado com à lavagem de dinheiro. Ressalta a importância do esclarecimento da origem dos Paraísos Fiscais e seu impacto sobre questões jurídicas, bem como os riscos advindos da existência destes com relação à lavagem de dinheiro.

Como se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma abrangente a pluralidade da temática decorrente da Globalização e as relações de consumo, analisando a questão não só sob o prisma do direito do consumidor, mas também a relação deste com os direitos fundamentais e outros ramos do direito, tais como, direito do trabalho, direito comercial etc.

Além disso, importante destacar que as discussões desenvolvidas no âmbito do Grupo de Trabalho, propiciaram uma troca de experiências quanto ao tratamento de assuntos análogos entre países coirmãos.

Por fim, esperamos que o presente trabalho seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa de uma relação de consumo mais justa e transparente.

Prof. Dr. Carlos E. Lopez Rodríguez - UDELAR

Prof. Dr. Frederico da Costa Carvalho Neto - UNINOVE

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres - USP

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS REDES SOCIAIS PELOS DANOS CAUSADOS POR SEUS USUÁRIOS

CIVIL LIABILITY OF SOCIAL NETWORKS FOR DAMAGE CAUSED BY ITS USERS

Murilo Rezende Dos Santos [1]
Vinicius Pacheco Fluminhan [2]

Resumo

O presente artigo sustenta que as empresas mantenedoras de redes sociais na internet podem ser responsabilizadas pelos danos causados por seus usuários. Propõe-se uma interpretação analógica do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor, para que as redes sociais respondam pelos danos causados pelos danos causados por meio de suas plataformas, quando não for possível identificar o usuário causador do dano.

Palavras-chave: Responsabilidade civil das redes sociais, Direito digital, Redes sociais

Abstract/Resumen/Résumé

This article defends which the social networks can be liable for damages caused by its users. It is proposed an analog interpretation of Article 13 of the Consumer Protection Code so what the company that maintains the social network responds for damage caused by its users when they couldn't be identified.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability of social network, Digital law, Social networks

[1] Doutorando em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

[2] Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

Introdução

No começo do segundo milênio surgiram as redes sociais virtuais. Uma das primeiras a se popularizar foi o Orkut, serviço filiado ao Google que, fundado em 24 de janeiro de 2004, ganhou o nome de seu projetista chefe, o engenheiro turco Orkut Büyükkökten.[1]

Menos de um mês depois, em 4 de fevereiro de 2004, surgiu o Facebook, plataforma que, atualmente conta com mais de um bilhão de usuários, sendo classificada com rede social de maior utilização no mundo (SANTOS, 2015, p. 352).

As redes sociais virtuais conectam pessoas ao redor do mundo todo e tornaram-se rapidamente uma frenesí, ligando entre si familiares, amigos, colegas de trabalho e antigos colegas de escola. Trata-se de serviço relevante, que tem permitido uma grande conectividade entre as pessoas, facilitando a comunicação e o relacionamento entre elas e consistindo em recurso não apenas útil, mas também recreativo para a grande maioria de seus usuários.

Mas há também um aspecto nocivo dessas plataformas virtuais. Elas têm sido usadas frequentemente por pessoas inescrupulosas que, acobertadas pelo anonimato virtual, por meio delas, violam direitos de terceiros, promovendo injúrias, calúnias e difamações.

Essas violações se tornaram tão corriqueiras que na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao decidir recurso interposto contra uma rede social, o relator afirmou que o serviço daquele provedor "deixou de ser apenas uma rede social, para se tornar um celeiro de condutas ilícitas e ofensivas à honra alheia como tem sido noticiado quase que diariamente".[2]

Quando ocorre esse uso indevido da rede social quem deve ser responsabilizado? Só o usuário que causou diretamente o dano ou há também responsabilidade da empresa mantenedora da rede social? Se há responsabilidade da rede social, trata-se de responsabilidade subjetiva ou objetiva? A responsabilidade, nesse caso, seria subsidiária ou solidária?

São essas perguntas que pretendemos responder neste artigo. Para tanto, seguiremos o seguinte plano de trabalho.

---

[1] ORKUT In: Wikipedia. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Orkut>>. Acesso em 19.11.2015

[2] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0004584-91.2008.8.19.0207. Sexta Câmara Cível. Decisão monocrática. Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara. J. 22.02.2010. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=201000102037&CNJ=0004584-91.2008.8.19.0207> Acesso em: 03.05.2016.

Primeiramente, definiremos a natureza jurídica das redes sociais e a discutiremos a sua sujeição ao Código de Defesa do Consumidor.

Em seguida, faremos uma exposição que resume os posicionamentos encontrados na doutrina e na jurisprudência antes da promulgação do Marco Civil da Internet[3], para, em seguida, explicarmos como aquele diploma regulamentou a matéria.

Por fim, faremos nossas críticas à solução legislativa dada pelo legislador, apresentaremos uma proposta de interpretação dos artigos que tratam da responsabilidade civil no Marco Civil da Internet e apresentaremos as nossas conclusões.

1 A natureza jurídica das redes sociais e a sua sujeição ao Código de Defesa do Consumidor

Os provedores de internet podem ser de seis tipos: a) provedores de *backbone*; b) provedores de acesso; c) provedores de correio eletrônico; d) provedores de hospedagem; e) provedores de informação; e f) provedores de conteúdo.

Para definir esses provedores, usamos a obra *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*, de Marcel Leonardi, que é referência no assunto. Diz o autor:

> O **provedor de *backbone*** é a pessoa jurídica que efetivamente detém as "estruturas de rede capazes de manipular grandes volumes de informações, constituídas basicamente por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade", na definição dada pela Nota Conjunta de junho de 1995. Estas estruturas são disponibilizadas, usualmente a título oneroso, aos provedores de acesso e hospedagem, o que demonstra sua fundamental importância para o funcionamento da Internet dentro do país (LEONARDI, 2005, p. 21).
>
> O ***provedor de acesso*** é a pessoa jurídica fornecedora de serviços que possibilitem o acesso de seus consumidores à Internet. Normalmente, essas empresas dispõem de uma conexão a um *backbone* ou operam sua própria infraestrutura para conexão direta (LEONARDI, 2005, p. 23).
>
> Em categoria distinta dos provedores de acesso encontram-se os provedores de ***correio eletrônico***. Ainda que a quase totalidade dos provedores de acesso também ofereça, acessoriamente, uma ou mais contas de correio eletrônico, existem diversas empresas que oferecem apenas o serviço de correio eletrônico. Acesso e correio eletrônico são, portanto, serviços distintos que não devem ser confundidos. [...]
>
> O provedor de correio eletrônico fornece, portanto, serviços que consistem em possibilitar o envio de mensagens do usuário a seus destinatários, armazenar as mensagens enviadas a seu endereço eletrônico até o limite de espaço disponibilizado no disco rígido de acesso remoto e permitir, somente ao contratante do serviço, o acesso ao sistema e às mensagens, mediante o uso de um nome de usuário e senha exclusivos (LEONARDI, 2005, p. 24).
>
> ***Provedor de hospedagem*** é a pessoa jurídica que fornece o serviço de armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, possibilitando o

[3] O Marco Civil da Internet é a Lei 12.9657/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

> acesso de terceiros a esses dados, de acordo com as condições estabelecidas com o contratante do serviço (LEONARDI, 2005, p. 25).
>
> Em boa parte da literatura informática e da doutrina jurídica existente sobre a Internet, é comum serem empregadas as expressões provedor de informação e provedor de conteúdo como sinônimos, embora tal equivalência não seja exata.
>
> O ***provedor de informação*** é toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgadas através da Internet. É o efetivo autor da informação disponibilizada por um provedor de conteúdo.
>
> O ***provedor de conteúdo*** é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem. Dessa forma, o provedor de conteúdo pode ou não ser o próprio provedor de informação, conforme seja ou não o autor daquilo que disponibiliza (LEONARDI, 2005, p. 27).

De acordo com a classificação feita por Leonardi, as redes sociais são *provedores de conteúdo*, pois simplesmente oferecem uma plataflorma, por meio da qual seus usuários publicam informações por eles mesmo criadas.

Ressalte-se que, embora a expressão *provedor de conteúdo* seja bastante generalizada em textos doutrinários, o Marco Civil da Internet denominou esses provedores como *provedores de aplicação*, razão pela qual, embora as expressões sejam sinônimas, no curso desse trabalho daremos preferência à terminologia legal.

Mas, definida a natureza das redes sociais como provedores de aplicação, surge a seguinte dúvida. A atividade desses provedores pode ser considerada "serviço", conforme a definição do Código de Defesa do Consumidor e consequentemente estaria subordinada às regras daquele código?

O Superior Tribunal de Justiça pacificou em sua jurisprudência 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". [4]

Com efeito, Antonio Herman Benjamin, Cláudia Lima Marques, e Leonardo Roscoe Bessa, ao tratar da matéria ensinam:

> A expressão 'remuneração' é sábia, pois permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida, como no caso das contas de depósito de poupança, que são tão rendosas que podem ser gratuitas para o consumidor e altamente remuneradas para os bancos), uma remuneração indireta do serviço de consumo! (BENJAMIN; MARQUES, BESSA, 2007, p. 81).

[4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1308830/RS. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 08.05.2012. DJe 19.06.2012.

É exatamente o que ocorre com os provedores de aplicação que, embora não cobrem dos usuários pelos seus serviços, usam os dados fornecidos e o conhecimento das preferências externadas por eles na rede para lucrar através de propaganda direcionada, havendo, portanto, remuneração indireta. Por isso, tratando-se de atividade subordinada ao Código de Defesa do Consumidor, não há dúvida de que as redes sociais respondem objetivamente perante seus usuários e perante os consumidores equiparados, pelos danos que elas diretamente causarem, por defeito na prestação do serviço.

No entanto, mais difícil é responder se os danos causados pelos usuários das redes sociais por meio da plataforma por elas oferecidas poderia ser considerado defeito do serviço para a imputação de responsabilidade objetiva solidária aos provedores de aplicação, com base no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Os pressupostos para imputação de responsabilidade civil aos prestadores de serviço são: i) uma conduta comissiva ou omissiva; ii) dano; e iii) nexo causal ligando o a conduta ao dano; iv) a previsão legal estabelecendo o risco como fator de atribuição de responsabilidade civil.

Há nexo causal entre a conduta do provedor (= disponibilizar o serviço no mercado) e o dano sofrido pela vítima ou a rede social é apenas um meio usado pelo usuário para causar o dano, havendo, portanto, fato exclusivo de terceiro que exclui a responsabilidade dos provedores?

Como proposto no plano de trabalho, passamos a responder a esta pergunta a partir das posições jurisprudenciais existentes antes do Marco Civil da Internet, para em seguida verificarmos o tratamento que esta lei deu à matéria.

2 O panorama doutrinário-jurisprudencial sobre a responsabilidade civil dos provedores pelos danos causados por seus usuários antes do Marco Civil da Internet

As questões jurídicas envolvendo os danos decorrentes de mau uso das redes sociais têm sido frequentes no cotidiano dos Tribunais. Casos envolvendo injúrias, difamações, verdadeiras histórias de linchamento moral e *bullying* promovidos por meio da internet são ordinariamente noticiados pela imprensa.

Nesse contexto, antes do Marco Civil da Internet surgiram duas correntes doutrinário-jurisprudenciais sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicação por danos causados por seus usuários.

A primeira corrente sustentava que a conduta da rede social está ligada ao dano, tanto quanto a conduta do seu usuário, razão pela qual poderia ser classificada como defeito do serviço. A vítima dos danos, mesmo que não mantivesse perfil na rede social, seria consumidor por equiparação. O fundamento legal, nesse caso, é dado pela combinação dos artigos 14 e 17 do Código de Defesa do Consumidor.[5]

Com variação de fundamento, mas ainda imputando a responsabilidade objetiva ao provedor de aplicação, há decisões afirmando que o provedor exerce atividade de risco e, desse modo, com base no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, deve arcar com os danos decorrentes da consumação desse risco.[6]

Uma segunda corrente, mais branda, foi afirmada em acórdão paradigmático, relatado pela Ministra Nancy Andrighi no Superior Tribunal de Justiça, adotando a teoria norte-americana denominada *notice and take down*.

Segundo sedimentou o Superior Tribunal de Justiça, as redes sociais não têm o dever de fiscalizar o conteúdo postado por seus usuários, razão pela qual não se pode afirmar que o serviço é defeituoso quando a plataforma for usada para violar direitos alheios, não havendo, por isso, responsabilidade objetiva com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. [7]

Também não haveria risco da atividade, pois a atividade dos provedores de aplicação não contém risco extraordinário, razão pela qual não seria possível aplicar a cláusula geral contida no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Assim, a responsabilidade das redes sociais seria subjetiva e o provedor de aplicação poderia responder por *culpa in omittendo* se, depois de notificado pelo ofendido, judicial ou extrajudicialmente, não retirasse o conteúdo do ar. Nesse caso, ao provedor e ao autor dos danos seria imputada responsabilidade solidária.

---

[5] Nesse sentido o seguinte julgado: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível nº 0004584-91.2008.8.19.0207. Primeira Câmara Cível. Decisão Monocrática. Des. Alexandre Freitas Câmara. J. 22.02.10. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=201000102037&CNJ=0004584-91.2008.8.19.0207>. Acesso em 03.06.2016.

[6] Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0006047-50.2009.8.19.0040. Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Benedito Abicair, j. 1.12.2009. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=201000163098&CNJ=0006047-50.2009.8.19.0040>. Acesso em 03.06.2016.

[7] É paradigmático, nesse sentido, o seguinte acórdão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1193764/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 14.12.2010. DJe 08.08.2011.

Na ausência de previsão legal, a jurisprudência fixou o prazo de 24 horas para que o conteúdo ofensivo seja retirado do ar.[8]

Essa posição prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça[9] e ainda tem sido adotada nos julgados que vêm sendo proferidos, pois conforme entendimento jurisprudencial o Marco Civil da Internet não se aplica a fatos pretéritos.[10]

3 A regulação feita pelo Marco Civil da Internet da responsabilidade civil dos provedores de aplicação pelos danos causados pelos seus usuários

O Marco Civil da Internet tratou da matéria em sua Seção III denominada "Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros". Embora esta seção trate também da responsabilidade dos provedores de acesso[11], pelo menos no que diz respeito à responsabilidade dos provedores de aplicação, o título é inadequado.

A expressão "terceiros" dá a impressão de que as pessoas que causaram os danos são completamente desvinculadas dos provedores de aplicação que mantém as redes sociais, quando, na verdade, são seus usuários, devidamente cadastrados em seu site. Há, desse modo, vínculo jurídico formado por contrato entre os causadores do dano (= usuários da rede social) e o fornecedor da plataforma usada para isso (= provedor de aplicação que mantém a rede social).

A responsabilidade dos provedores de aplicação foi regulada pelo artigo 19, cujo *caput* diz o seguinte:

> 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.

Em que pese o empenho das pessoas envolvidas no projeto que deu origem ao Marco Civil da Internet, é forçoso concluir que o artigo não foi redigido com boa técnica legislativa, pois mistura exposição de motivos com conteúdo normativo. A sua introdução não contém nenhuma norma, mas apenas justifica a norma contida na segunda parte do dispositivo legal.

---

[8] Consagrando esse entendimento, o seguinte julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1406448-RJ. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 15.10.2013. DJe 21.10.2013.

[9] Nesse sentido, exemplificativamente, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1186616-MG; REsp 1308830-RS; REsp 1192208-MG; REsp 1300161-RS. Todos eles estão disponíveis para consulta no no sítio do Tribunal na internet: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 22.04.2015.

[10] Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1384340/DF. Terceira Turma . Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. 05.05.2015. DJe 12.05.2015.

[11] O Marco Civil da Internet chama os provedores de acesso de provedores de conexão.

Contudo, essa introdução explicativa não precisaria figura no texto legal, pois é função da doutrina e não do legislador apresentar tais considerações. Nos casos em que isso se mostra indispensável, a boa técnica legislativa determina que o legislador o faça em apartado, como ocorre nas conhecidas exposições de motivos do Código Penal e do Código Civil.

Além disso, a lei peca por contrariar a posição que já estava consolidada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Como se sabe, a necessidade de segurança jurídica, impõe que a legislação positive a jurisprudência consolidada, em vez de contrariá-la, causando insegurança jurídica.

No que diz respeito ao mérito da norma contida no artigo 19 do Marco Civil, nota-se uma posição restritiva que visou criar uma espécie de "blindagem" às empresas desse ramo de atividade que, pela interpretação literal do dispositivo, só poderiam ser responsabilizadas se descumprissem ordem judicial determinando a retirada de conteúdo do site, o que, diga-se de passagem, elas dificilmente fariam, pois isso configuraria crime de desobediência (SCHREIBER, 2015, p. 292; VAINZOF 2014, p. 187-188).

Note-se que essa resistência a responsabilização e a aplicação de legislação protetiva ao consumidor não é inédita no Brasil. Em meados dos anos 90 do século passado, a resistência das instituições bancárias a aplicação do Código de Defesa do Consumidor levou a intensa discussão doutrinária a respeito do assunto. Em obra coletiva que tratava sobre o tema, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer fez considerações que embora dirigidas à atividade bancária, se aplicam perfeitamente ao serviço prestado pelos provedores de aplicação:

> Diante do exposto, a proteção do consumidor, a ser disciplinada em lei pressupõe que a aludida lei conferisse a prometida proteção do consumidor em face de todos os serviços e produtos por ele consumidos. [...] E, se houvesse o Código de Defesa do Consumidor expressamente isentado os prestadores dos aludidos serviços da submissão às regras de proteção do consumidor, teria incorrido em inconstitucionalidade, por violação ao princípio da preservação do núcleo essencial dos preceitos constitucionais regulados. Com efeito, a proteção do consumidor ficaria substancialmente enfraquecida caso o rol significativo dos serviços prestados por tais pessoas jurídicas ficasse fora do campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor (PFEIFFER, 2006, p. 186-187).

O sistema que vinha prevalecendo na jurisprudência brasileira antes do Marco Civil da Internet, chamado de *notice and take down,* já era passível de críticas, pois como observa Anderson Schreiber, criou "uma fissão no sistema brasileiro de responsabilidade civil", deixando, na prática, sem indenização a parte do dano ocorrida antes da notificação, violando o princípio da reparação integral (SCHREIBER, 2015, p. 287). É verdade que a vítima poderia cobrar a indenização relativa a esta parte do dano do usuário que diretamente o

causou, mas a reparação muitas vezes ficaria obstaculizada pela sua não identificação, pela sua incapacidade ou por ele não possuir patrimônio.

Mas se o *notice and take down* já sofria essas críticas, o que o Marco Civil da Internet fez, obrigando a vítima a recorrer à Justiça para coibir a violação de seu direito, foi criar o *judicial notice and take down*, que não existe nem mesmo nos Estados Unidos, país de onde se importou a teoria.

Essa é também a conclusão de Silmara Juny de Abreu Chinellato (2015, p. 331). Em suas palavras:

> A lei judicializa desnecessariamente questões que poderiam ser resolvidas mediante notificação extrajudicial constituindo um retrocesso na diretriz atual da desjudicialização bem expressa na conciliação, na mediação e na arbitragem, formas de composição extrajudicial de conflitos.

Ainda no *caput*, era desnecessário também constar a expressão "no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço", que serviu apenas para que o provedor ser escuse de cumprir a determinação judicial alegando dificuldades técnicas.

Havia, antes do Marco Civil da Internet, forte discussão na jurisprudência sobre a necessidade de a vítima apontar os endereços (URLs) das páginas que desejasse fossem excluídas.[12] A lei consumou essa obrigação no §1º, do artigo 19, que diz que "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".

Embora compreensível que para que o provedor cumpra a ordem ele precise saber qual é o conteúdo que deve ser retirado do ar, a solução não parece ser a melhor. Muitas vezes, o conteúdo violador de direitos da personalidade, está reproduzido em uma multiplicidade imensa de páginas. Outras vezes, o conteúdo pode estar sendo veiculado em comunidades privadas de redes sociais, às quais a vítima não tem acesso, e por isso, não tem como indicar a URL.

Por isso, com base na vulnerabilidade técnica do consumidor, a lei deveria ter se limitado a dizer que a notificação feita ao provedor, deve conter identificação suficiente do conteúdo que se deseja ver retirado da rede. E, lembre-se, que como ensina Newton De Lucca

[12] URL significa *Universal Resource Locator*. Conforme lição de Guilherme Magalhães Martins (2014, p. 446) é "uma forma padronizada de especificar o endereço de qualquer recurso, *site* ou arquivo existente em um servidor www (*World Wide Web*). Em outras palavras, é o endereço de um site de www na internet".

(2008, p. 27), nos meios eletrônicos, por estar navegando em mares nunca d'antes navegados, o consumidor tem a sua vulnerabilidade severamente agravada.

Não é crível a alegação de que o provedor não tem condições de identificar esse conteúdo sem as URLs, pois atualmente há mecanismos de busca dos quais eles já fazem uso, que são perfeitamente hábeis a realizar essa identificação.[13] Que essa solução traz uma certa onerosidade ao provedor é evidente, mas onerosidade não se confunde com impossibilidade.[14] Além disso, sendo o provedor quem explora comercialmente o site, é justo que essa onerosidade pese sobre ele e não sobre a vítima das violações de direitos.

O § 2º do artigo 19 afirma que *"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"*.

A este dispositivo também não podemos eximir de críticas, pois, estranhamente, o que se fez foi dar tratamento privilegiado a direitos de autor em relação a direitos fundamentais, como imagem, honra, intimidade e privacidade. Como se sabe, os direitos de autor que normalmente são violados na internet são os direitos patrimoniais e não os direitos morais de autor. Desse modo, a exclusão feita pelo § 2º, na prática, permite que as violações a direitos autorais continuem regidas pelo *notice and take down*, enquanto as violações a direitos fundamentais como imagem, honra e intimidade, dependam de ordem judicial para que o conteúdo seja retirado do site.

A respeito do tema, vale trazer a colação o comentário de Anderson Schreiber (2015, p. 295):

> 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 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.

Passando à análise do § 3º do artigo 19 do Marco Civil da Internet, verificamos que o dispositivo permite o ajuizamento de ações que visem a responsabilizar o provedor perante os

[13] Entendendo dessa forma: REsp 1175675/RS. Quarta Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. J. 09.08.2011. DJe 20.09.2011.
[14] Consagrando esse entendimento: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Primeira Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Claudio Godoy. J. 02.12.2014. DJe 03.12.2014.

Juizados Especiais, o que já era possível antes da Lei, desde que não se ultrapassasse o valor máximo de quarenta salários mínimos imposto pelo artigo 3º, II, da Lei 9.099/95.

O § 4º do artigo 19, permite a antecipação de tutela para retirar o conteúdo da internet, o que também já admitia o artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 e continua admitindo o artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015.

Portanto, inúteis os dois dispositivos, pois a mesma solução nele consagrada já decorria de outro dispositivo presente no ordenamento jurídico, que deve ser interpretado de forma sistemática e integrada.

Por fim, o artigo 21 do Marco Civil da Internet mantém a notificação extrajudicial como sendo suficiente para a retirada do conteúdo do ar, quando haja exposição de nudez ou de cenas de conteúdo sexual, sem autorização de seus participantes para a exposição das imagens.

Pelo menos no que diz respeito a situações que envolvam esse tipo de conteúdo o Marco Civil da Internet não andou para trás. No entanto, é preciso ponderar que a lei criou uma diferenciação onde a Constituição não diferencia, pois a Constituição confere aos outros direitos da personalidade a mesma tutela constitucional que confere ao direito de imagem. Há situações em que a violação à honra ou a intimidade traz danos tão graves quanto a exposição da nudez. Essa tutela diferenciada dos direitos de igual hierarquia é inadmissível, razão pela qual, uma interpretação sistemática aconselha a dar o tratamento previsto no artigo 21 para toda e qualquer violação de direitos da personalidade feita por meio de redes sociais.

4 A inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet

O artigo 19 do Marco Civil da Internet tem sido objeto de críticas da doutrina. Anderson Schreiber sustenta a inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet, pelos motivos seguintes: a) o Marco Civil da Internet viola o artigo 5º, X, que, protegendo a vida privada, a honra a imagem e a intimidade assegura a indenização dos danos morais decorrentes da violação desses direitos; b) inversão do mandamento do artigo 5º, XXXV, que assegura o acesso à justiça, mas não o impõe como condição para a tutela do direito; c) violação do princípio da proibição do retrocesso, pois a partir da promulgação do Marco Civil da Internet, o consumidor passou a ter uma tutela menos protetiva do seu direito do que aquela que vinha sendo dada pela jurisprudência; d) inversão axiológica, protegendo os

direitos patrimoniais de autor de forma mais efetiva do que direitos da personalidade (SCHREIBER, 2015, p. 294-295).

Razão assiste ao ilustre civilista. De fato, a redação dada ao Marco Civil da Internet viola o artigo 5º, X, da Constituição, pois, se a vítima ainda pode cobrar indenização do usuário da rede social que efetivamente causou o dano, não se pode negar que, o mandamento legal pelo menos dificultou bastante a indenização, especialmente nos casos em que o seu causador não for identificado ou, sendo identificado, for incapaz ou não tiver patrimônio. Além disso, como ressalta Claudio Luiz Bueno de Godoy (2015, p. 315), o artigo 19 do Marco Civil da Internet contraria a tradição do Direito brasileiro, que sempre impôs responsabilidade solidária a todos os causadores do dano, e que atualmente têm previsão no artigo 942 do Código Civil e no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor.

A necessidade de ordem judicial para que a rede social tenha o dever de retirar o conteúdo do site, de fato, deturpa o sentido do artigo 5º, XXXV, da Constituição e contraria a tendência do direito contemporâneo, obrigando a vítima a ajuizar ação, quando o que se tem procurado é incentivar soluções extrajudiciais de conflitos.

O princípio da proibição do retrocesso também restou violado, pois a tutela da vítima de violações de direitos da personalidade feitas por meio do uso de redes sociais era mais efetiva antes do advento do Marco Civil da Internet, quando os Tribunais vinham aplicando o *notice and take down* e determinando que as redes sociais depois de notificadas por qualquer meio, tinham o dever de retirar o conteúdo do site. Ainda que houvesse dúvida sobre a ilicitude do conteúdo, o provedor deveria retirar o conteúdo do site preventivamente para realizar essa verificação.

No caso, esse retrocesso é ainda mais visível, pois o artigo 5º, XXXII, da Constituição da República afirmou que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" e do artigo 48 do Ato das Disposições Finais e Transitórias, determinou que "o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor".

Na lição de Benjamin, Marques e Bessa (2007, p. 28), o Código de Defesa do Consumidor decorreu de mandamento constitucional e, por isso, recebe hierarquia superior e de ordem pública, construindo um direito privado que inclui a defesa do consumidor como um de seus valores.

A inversão axiológica operada pelo legislador ao tratar de forma mais efetiva os direitos autorais do que direitos da personalidade, contraria a Constituição, pois tutela situações patrimoniais de forma mais efetiva do que situações existenciais, o que é inadmissível se considerar-se que em seu artigo 1º, III, a carta constitucional estabelece a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil (SCHREIBER, 2015 p. 294-295)

E o que mais espanta é que esse tratamento díspare foi proposital, pois a manutenção do *notice and take down* para os casos que envolvem violação a direitos autorais decorreu de proposta pela Academia Brasileira de Letras e por várias Associações de autores, acolhida no texto final do Marco Civil da Internet (CHINELLATO, 2015, p. 323). Desse modo, temos agora um sistema mais protetivo a direitos de autor do que a direitos como honra, imagem e intimidade, que são direitos fundamentais.

A todos esses argumentos apontados por Anderson Schreiber, acrescentamos um outro, que consiste na dificuldade que se está impondo à vítima em inibir a ocorrência do dano. Como notou Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 38) não se pode mais aceitar a situação na qual se aguarda a ocorrência do ilícito, para depois apenas remediá-lo por meio de uma indenização. Para dar efetividade à tutela inibitória, o processo civil contemporâneo conta com uma série de instrumentos como as tutelas de urgência e as medidas assecuratórias da tutela específica.

O Código Civil garante em seu artigo 12 e em seu artigo 21 que é assegurado a quem tenha sob ameaça os seus direitos da personalidade que impeça a ocorrência do dano, ou que, pelo menos, impeça que o dano se alastre. Essa prevenção ao aumento do dano era feita por meio do *notice and take down*. Mas, pelo sistema que se implantou, diminui-se substancialmente a possibilidade da vítima evitar a propagação do dano.

Com relação ao tema, perfeita a observação de Marcelo Thompson (2012, p. 213) que, comentando a necessidade de ordem judicial para que o provedor de aplicação possa ser responsabilizado pela não retirada do conteúdo ilícito do site, diz o seguinte:

> Mas entre achar um advogado, negociar seus honorários, descobrir quem de fato é o provedor e onde está estabelecido, ter uma petição redigida, ajuizada, obter uma ordem judicial, enviar uma carta precatória para São Paulo ou uma carta rogatória para Londres para fazer cumprir a ordem, notificar o réu e este, dentro de período razoável, tornar o conteúdo indisponível, o conteúdo já foi reproduzido por um, por outro, por centenas de sites na internet.

A velocidade da difusão de conteúdos na internet é muito grande. A obrigatoriedade em acionar o Poder Judiciário para que se consiga retirar do ar o conteúdo abusivo, portanto,

fará o dano se alastrar a tal ponto, que talvez pouco resultado terá a posterior retirada do conteúdo do ar, pois milhares ou até milhões de pessoas já terão visto o conteúdo abusivo, que certamente também já estará replicado em muitos sites.

Se a Constituição garante ao cidadão o direito a imagem, a honra, a privacidade e a intimidade, o legislador infraconstitucional não pode negar-lhe os instrumentos legais para a tutela efetiva e adequada desses direitos.

Os fundamentos expostos no tópico anterior demonstram as razões pelas quais o artigo 19 do Marco Civil da Internet é inconstitucional. A melhor tutela da vítima desses eventos de violações de direitos da personalidade por meio das redes sociais, se daria com a declaração da inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet e a imputação de responsabilidade independentemente de culpa com fundamento no artigo 927, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, pois nos parece que a empresa que permite que qualquer pessoa se cadastre criando um perfil em sua plataforma, sem exigir dados suficientes para a identificação do usuário, cria riscos extraordinários para terceiros.

Para criar uma conta em qualquer rede social, não é necessário fornecer número de RG ou CPF e muito menos uma cópia de um documento com foto, o que atualmente seria extremamente fácil e de maneira nenhuma burocratizaria a rede, pois quase todas as pessoas dispõe de um celular com câmera e poderiam tirar e enviar a foto do documento em menos de um minuto. Mas, ao contrário, as redes sociais, continuam exigindo apenas o nome, uma conta de e-mail do usuário e um número de telefone, o que facilita as fraudes.

O IP do computador do usuário fica registrado, é verdade, mas há meios de se usar IP móvel, inclusive de máquinas que estão fora do país, o que dificulta a identificação do usuário que efetivamente causou o dano. Além disso, o simples número de IP nem sempre é suficiente para identificar a pessoa que efetivamente causou o dano, pois muitas vezes aquele IP é usado por várias pessoas que dividem o acesso a um ponto de internet *wi-fi*, ou pior, dividem o mesmo computador, ficando registrados com o mesmo IP.[15]

Desse modo, entendemos que a omissão das redes sociais em identificar de forma precisa o usuário configura uma atividade de risco a atrair a cláusula geral do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

[15] Uma simples busca no Google leva a resultado de pesquisa que indica centenas de sites que ensinam camuflar o IP. A título de exemplo, sugerimos o acesso ao seguinte endereço: <http://digitalentretenimento.blogspot.com.br/2010/12/como-camuflar-seu-endereco-ip-hotspot.html> Acesso em 20.11.2015.

Não obstante, ressalvado o nosso entendimento, é forçoso admitir que mesmo antes do advento do Marco Civil da Internet, a responsabilidade objetiva fundada no risco da atividade já tinha sido afastada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.[16] Prevalecia como já foi dito, a obrigação de que o provedor retirasse o conteúdo ofensivo do ar, no prazo de 24 horas, sob pena de responder pela sua omissão solidariamente com o usuário causador dos danos.

Para que não se declare a inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet, a doutrina vem se empenhando para que o dispositivo seja interpretado conforme a Constituição, com o fim de restaurar a aplicação do chamado *notice and take down*, afastando a imposição legal de ordem judicial para que o provedor possa ser responsabilizado caso não retire o conteúdo do site. Segundo esse entendimento, para a violação de qualquer direito da personalidade, se aplicaria o sistema previsto no artigo 21 do Marco Civil da Internet, bastando, portanto, a notificação extrajudicial para que o provedor seja responsabilizado pelos danos morais causados pela manutenção do conteúdo ilícito, caso não o retire de sua plataforma.

A necessidade em dar conformação constitucional ao Marco Civil é ressaltada por Willis Santiago Guerra Filho e Henrique Garbellini Carnio (2014, p. 26) para quem a nova lei, "dessa forma, não pode ser entendida, por óbvio, como 'espécie' de 'Constituição da Internet', mas deve, como deveria também ocorrer com as demais leis, ser utilizada e interpretada em conformidade com a nossa Constituição Federal".

Marco Aurélio Florêncio (2014, p. 26), defendendo uma interpretação ponderada e proporcional dos direitos em choque, afirma:

> Parece-nos, entretanto, que diante do sopesamento de princípios, dignidade da pessoa humana, privacidade, de um lado; e de outro, a liberdade de expressão, o provedor de aplicações de internet após ser notificado pelo usuário e verificado o dano não poderá se afastar da responsabilidade de indenizar, sob a alegação de que não havia ordem judicial para retirar o conteúdo da Internet. Essa seria a interpretação constitucional que melhor se adequaria ao princípio da proporcionalidade.

Não é outra a opinião de Cíntia Rosa Pereira de Lima (2014)[17], que comentando o embate entre a liberdade de expressão e a dignidade humana, adverte que "a ponderação destes princípios tem sido a solução sugerida pelos juristas e tribunais quando estão diante destes conflitos" e conclui que a solução deve ser casuística, mas que "geralmente, a liberdade

[16] Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1338214/MT. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 21.11.2013, DJe 02.12.2013.
[17] A consulta foi feita pela base de dados RT Online, que não disponibiliza a paginação dos textos.

de expressão (art. 5º, IV, VI e IX, da CF/1988) deve ceder lugar à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III, da CF/1988)".

Consequentemente, como ensina Claudio Luiz Bueno de Godoy (2015, p. 318), por meio de uma interpretação sistemática, "deve-se considerar suficiente a comunicação ao provedor acerca de conteúdo que seja objetivamente ofensivo para que, de imediato, ele o exclua, sendo civilmente responsabilizado caso não o faça".

Como já ressalvamos acima, nosso entendimento inicial pela imputação de responsabilidade civil pelo risco da atividade ficou superado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Por isso, faremos adiante uma nova proposta de interpretação conforme a Constituição do artigo 19 do Marco Civil da Internet.

Em nosso entendimento, se o provedor for notificado judicial ou extrajudicialmente, tomando ciência da violação a direitos de terceiro feita por usuário de sua plataforma, deve excluir o conteúdo do ar no prazo de 24h, sob pena de ser responsabilizado solidariamente com o usuário que causou diretamente o dano, conforme já assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que adotou o sistema do *notice and take down*.

Pelo dano sofrido pela vítima *antes da notificação do provedor*, responde o usuário que diretamente o causou. No entanto, cabe a imputação de responsabilidade civil solidariamente ao provedor, caso não se consiga identificar o usuário que causou o dano, em razão de problemas técnicos, do uso de softwares que camuflam o IP, ou porque, embora identificado o IP, não se tenha conseguido identificar quem causou o dano a partir do uso daquele ponto de internet. Nesses casos, a desídia do provedor de aplicação, que não exigiu dados suficientes de seu usuário no momento do cadastramento, deve ser considerada para justificar que a ele se impute a responsabilidade solidária, juntamente com o seu usuário.

Do mesmo modo, se o provedor de aplicação, depois de receber a notificação, retirar o conteúdo do site, mas o usuário de sua rede social que causou o dano não for identificado, o provedor deverá responder, pois, repita-se, a impossibilidade de identificação decorreu de sua omissão, ao permitir o cadastramento em seu site, sem exigir dados do usuário que sejam suficientes para identificá-lo.

A interpretação que estamos propondo decorre da aplicação analógica do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor, que dando a mesma solução que estamos propondo, condiciona a responsabilização do comerciante de produtos à não identificação do produtor,

seja porque não há dados que permitam identificá-los, seja porque esses dados são insuficientes.

Ressalte-se que não se trata de responsabilidade subsidiária, mas de responsabilidade solidária condicionada à não identificação do usuário causador do dano antes do ajuizamento da ação contra o provedor de aplicação. Implementada a condição não deve haver retrocesso.[18] Assim, se o usuário causador do dano for identificado somente depois de ter sido ajuizada a ação contra o provedor, a ação prosseguirá normalmente, não se podendo falar em iliegitimidade de parte. Nesse caso, fica ressalvada ao provedor a possibilidade de ajuizar a competente ação regressiva.

Essa interpretação instituiria um sistema que, considerando as dificuldades do provedor para realizar o controle de todas as postagens que são feitas em sua rede e imputando a responsabilidade a quem diretamente o causou que é o usuário da rede social, não deixa descoberto o direito da vítima em ser indenizada quando não houver a identificação do causador direto do dano.

Conclusões

A partir da pesquisa realizada, pudemos concluir o seguinte:

1. As redes sociais prestam serviço que está sob a vigência do Código de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 3º, § 2º deste diploma, pois mesmo que não cobrem pelo serviço que prestam ao consumidor, recebem remuneração indireta, por meio do uso comercial que fazem dos dados de seus usuários. Desse modo, respondem objetivamente pelos danos que diretamente causarem a seus usuários ou a consumidores por equiparação.

2. No que diz respeito aos danos causados pelos usuários das redes sociais a terceiros, havia antes do Marco Civil da Internet, dois entendimentos doutrinário-jurisprudenciais: a) o de que as redes sociais respondiam objetivamente, seja com fundamento na combinação dos artigos 14 e 17 do Código de Defesa do Consumidor, seja com fundamento no artigo 927, parágrafo único do Código Civil; b) o entendimento, que prevaleceu na jurisprudência, de que

[18] Gustavo Tepedino (2001, p. 245) em consideração feita sobre o artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor, que pode ser aplicada também na matéria em discussão, tendo em vista a analogia sugerida, afirma: "A responsabilidade do comerciante, entretanto, em princípio excluída, é condicionada à ocorrência de algumas das situações previstas pelo art. 13 do CDC: produto anônimo, mal-identificado, ou produto perecível mal-conservado. Verificada qualquer dessas hipóteses, a responsabilidade do comerciante equipara-se à dos demais obrigados. Por esta razão não se pode considerar subsidiária a responsabilidade do comerciante. (...) A responsabilidade do comerciante, a rigor, nos termos do art. 12, equipara-se à dos demais responsáveis, diferenciando-se, tão-somente, pelo fato de ser condicionada à ocorrência de uma daquelas situações acima mencionadas".

as redes sociais só respondem pelos danos causados a terceiros por seus usuários se, depois de notificadas judicial ou extrajudicialmente, não tornarem o conteúdo indisponível no prazo de 24 horas.

3. O artigo 19 do Marco Civil da Internet deu a matéria um tratamento diferente do que vinha prevalecendo na jurisprudência, afirmando que o provedor de aplicação só responde pelos danos causados por seus usuários, se depois de intimado de ordem judicial determinando a retirada do conteúdo indisponível e indicando o endereço das páginas que devem ser retiradas, não indisponibilizar o conteúdo no prazo estabelecido pelo juiz. A exceção é feita aos casos de publicação de imagens que envolvam nudez ou conteúdo sexual, sem autorização dos participantes, para as quais basta a notificação extrajudicial.

4. O artigo 19, caput, não segue boa técnica legislativa, pois mistura exposição de motivos com norma. Além disso, contrariou a jurisprudência consolidada, quando a boa técnica legislativa determinava que aquela orientação fosse positivada.

5. O § 2º do artigo 19 do Marco Civil da Internet promove verdadeira inversão axiológica, conferindo tutela mais efetiva a direitos patrimoniais do que a direitos fundamentais, razão pela qual é inconstitucional.

6. O artigo 21 do Marco Civil da Internet que manteve o sistema do *notice and take down* para violações envolvendo nudez e conteúdo sexual dá um tratamento privilegiado à imagem, que não é dado a outros direitos de igual hierarquia, como a honra e o nome, por exemplo. Por isso, a solução dada pelo legislador no artigo 21 deve ser ampliada para todos os danos a direitos da personalidade, para os quais deve bastar a notificação extrajudicial do provedor de aplicação, para que surja a obrigação de retirar o conteúdo do site, sob pena de responsabilização civil.

7. O artigo 19 do Marco Civil da Internet é inconstitucional pelos seguintes motivos: a) violação do artigo 5º, X, que, protegendo a vida privada, a honra a imagem e a intimidade assegura a indenização dos danos morais decorrentes da violação desses direitos; b) inversão do mandamento do artigo 5º, XXXV, que assegura o acesso à justiça, mas não o impõe como condição para a tutela do direito; c) violação do princípio da proibição do retrocesso, pois a partir da promulgação do Marco Civil da Internet, o consumidor passou a ter uma tutela menos protetiva do seu direito do que aquela que vinha sendo dada pela jurisprudência; d) inversão axiológica, protegendo os direitos patrimoniais de autor de forma mais efetiva do que direitos da personalidade.

8. Para evitar a declaração de inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet deve-se realizar a interpretação conforme a Constituição do dispositivo. Desse modo, se o provedor for notificado judicial ou extrajudicialmente, tomando ciência da violação a qualquer direito da personalidade de terceiro feita por usuário de sua plataforma, deve excluir o conteúdo do ar no prazo de 24h, sob pena de ser responsabilizado solidariamente com o usuário que causou diretamente o dano, conforme já assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que adotou o sistema do *notice and take down*.

9. Se o usuário causador do dano não puder ser identificado, a vítima poderá cobrar a indenização da empresa mantenedora da rede social por meio da qual o dano foi causado. Para fundamentar essa possibilidade, deve-se realizar aplicação analógica do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se o usuário que causou o dano não for identificado, o provedor responderá, tanto pelo dano causado antes dele ser notificado, como pelo dano causado depois da notificação. Essa solução está de acordo com a orientação dos estudos contemporâneos de responsabilidade civil, que buscam garantir o ressarcimento da vítima.

Referências bibliográficas

BENJAMIN, Antonio Herman; MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu, no seguinte artigo: Marco civil da internet e direito autoral: responsabilidade civil dos provedores. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito & internet III*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II.

DE LUCCA, Newton. Aspectos atuais da proteção aos consumidores no âmbito dos contratos informáticos e telemáticos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO. Adalberto (Coords.). *Direito e Internet II*: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 27.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Liberdade de expressão e a violação da privacidade In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO; Juliana. FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). *Marco civil da internet*: Lei 12.965/14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na Lei 12.965714 (Marco Civil da Internet) In: In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito & internet III*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. Metodologia jurídica político constitucional e o marco civil da internet: contribuição ao direito digital. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO; Juliana. FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). *Marco civil da internet*: Lei 12.965/14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 946, p. 77 – 109, Ago/2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PFEIFFER, Roberto Augusto Catellanos. Manifestações do Brasilcon como amicus curiae. Artigo. Constitucionalidade da submissão dos serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária ao Código de Defesa do Consumidor In: MARQUES; Claúdia Lima; ALMEIDA, João Batista; PFEIFFER, Roberto Augusto Catellanos. *Aplicações do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos*. Adin. 2.591. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet: avanço ou retrocesso? In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito & internet III*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: *Temas de direito civil.* 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THOMPSON, Marcelo. Marco civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas da internet no Brasil revista de Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012.

VAINZOF, Rony. Responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiro In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO; Juliana. FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). *Marco civil da internet*: Lei 12.965/14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 187-188.

Documentos

ORKUT In: WIKIPEDIA. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Orkut>>. Acesso em 19.11.2015.

Como camuflar seu endereço de IP. *Digital entretenimento* [internet]. Disponível em: <http://digitalentretenimento.blogspot.com.br/2010/12/como-camuflar-seu-endereco-ip-hotspot.html>. Acesso em 20.11.2015.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1186616-MG. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 23.08.2011. DJe 31.08.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1308830-RS. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi J. 08.05.2012. DJe 19.06.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1300161-RS. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 19.06.2012. DJe 26.06.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1193764/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 14.12.2010. DJe 08.08.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1175675/RS. Quarta Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. J. 09.08.2011, DJe 20.09.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1192208-MG. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 12.06.2012. DJe 02.08.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1406448-RJ. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 15.10.2013, DJe 21.10.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1338214/MT. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 21.11.2013. DJe 02.12.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1384340/DF. Terceira Turma . Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. 05.05.2015. DJe 12.05.2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0006047-50.2009.8.19.0040. Sexta Câmara Cível. Rel. Des. Benedito Abicair. J. 1.12.2009. <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=201000163098&CNJ=0006047-50.2009.8.19.0040>. Acesso em 03.06.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 0004584-91.2008.8.19.0207. Primeira Câmara Cível. Decisão monocrática. Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara. J. 22.02.2010. <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=201000102037&CNJ=0004584-91.2008.8.19.0207>. Acesso em 03.06.2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Primeira Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Claudio Godoy. J. 02.12.2014. DJe 03.12.2014.