

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO I – NÚMERO I

DIREITO E JUSTIÇA
Aspectos Atuais e Problemáticos

Lisboa
Editorial Juruá
2015

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO I, Nº I, 2º SEM. 2015



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com — e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

Editor:

Luiz Augusto de Oliveira Junior

Diretores da Revista:

David Vallespín Pérez
Germán Barreiro González
Gonçalo S. de Melo Bandeira
María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

COLABORADORES:

Adel El Tasse
Adriano Fábio Cordeiro da Silva
Alcides Goelzer de Araújo Vargas e Pinto
Aloísio Krohing
Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral
Angela Cassia Costaldello
Angelina Isabel Valenzuela Rendón
Antonio Pele
Camila Clarisse Romero Gomes
Carlos Trujillo Hernandez
Celso Antonio Pacheco Fiorillo
Cinthia Obladen de Almendra Freitas
Danielle Portugal de Biazi
David Vallespín Pérez
Dirce Nazaré de Andrade Ferreira
Fabiane Grandó
Fabiano Dolenc Del Masso
Fernando Gustavo Knoerr
Fernando Rister de Sousa Lima
Francisco Carlos Duarte
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Gregorio Saravia
Greice Patrícia Fuller
Guilherme Augusto Souza Godoy
Idir Canzi
Iraci de Andrade
Irene Portela
Isa Filipa António
J. Eduardo López Ahumada
Jardel de Freitas Soares
Jessica Ramos da Silva
Jordi Garcia Viña
Jorge de Oliveira Vargas
José Adércio Leite Sampaio
Karin Kässmayer
Linara Oeiras Assunção
M^a Ángeles Pérez Marín
Maraluce Maria Custódio
Marcel Magalhães e Guerra
Marco Antonio Lima
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Nuria Belloso Martín
Paulo J. B. Faiad
Paulo Junior Trindade dos Santos
Paulo Ricardo Opuszka
Priscila Luciene Santos de Lima
Rafael Lima Torres
Rita Daniela Leite da Silva
Robert Carlon de Carvalho
Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño
Rubén Miranda Gonçalves
Rui Miguel Zeferino Ferreira
Saulo Tarso Rodrigues
Sônia M. P. Wiedmann
Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça
Valesca Raizer Borges Moschen
Vinícius Almada Mozetic
Vitor de Medeiros Marçal
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr
Zulmar Fachin

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bruno Sena Martins

Doutor em Grupo de Estudos Anglo-Americanos pela Universidade de Coimbra; Professor da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Nuno Manoel Pinto de Oliveira

Doutor em Direito; Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nuria Belloso Martín

Doutora em Direito; Professora Catedrática de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objectivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos seleccionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de selecção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

ASPECTOS ATUAIS E PROBLEMÁTICOS NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE SERVIÇOS EM FACE DO MEIO AMBIENTE DIGITAL NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO E ESPANHOL

*Celso Antonio Pacheco Fiorillo*¹

*Greice Patricia Fuller*²

*Marco Antonio Lima*³

Resumo: O presente trabalho analisa a questão inerente à responsabilidade do provedor de serviços de internet em face do meio ambiente digital na sociedade da informação. Para tal desiderato, os autores postulam a existência da concepção de meio ambiente digital como um aspecto do meio ambiente holisticamente considerado. Partindo-se dessa premissa, o artigo traz à baila dois temas polêmicos sobre a temática da sociedade da informação, a saber: a responsabilidade solidária objetiva entre provedor e terceiro que realiza o ato ilícito e a existência de colisão de direitos da personalidade entre a liberdade à informação e expressão e os direitos à privacidade, imagem, intimidade e hon-

¹ Primeiro Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil, Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Coordenador, professor e pesquisador do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e da linha de pesquisa de Mestrado em Saúde Ambiental pela FMU, além de coordenador e professor do curso de especialização pela mesma instituição. Professor visitante/pesquisador da Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Degli Studi di Napoli (Itália) e professor visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar (Portugal). Presidente da Comissão do Meio Ambiente e do Comitê de Defesa da Dignidade da Pessoa humana no âmbito do meio ambiente digital/sociedade da informação da OABSP.

² Pós-Doutoranda em Direito Ambiental pela Universidad de Navarra (Espanha) com bolsa concedida pela CAPES. Doutora e Mestre em Direito, subárea de Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora do Mestrado em Sociedade da Informação das Faculdades Metropolitanas Unidas da Faculdade de Direito (FMU) e Professora dos Cursos de Graduação das Faculdades de Direito e Economia e de Especialização de Direitos Difusos e Coletivos da (PUC/SP).

³ Mestrando em Direito da Sociedade da Informação no Complexo Educacional FMU. Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Guarulhos. Advogado. Professor de Direito no Complexo Educacional FMU, nas disciplinas de Teoria Geral do Processo e Processo Civil.

ra. Demais disso, a análise encontra-se pautada sob o crivo do estudo pontual de um julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, partindo-se da análise normativa constitucional e infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor e Marco Civil da Internet) basilar do Direito brasileiro e espanhol. Importante frisar que o Marco Civil da Internet não pode sobrepor-se aos ditames presentes na Constituição Federal Brasileira e o Código de Defesa do Consumidor, visto que esta situação geraria a subversão dos princípios da dignidade da pessoa humana e dos direitos já consolidados dos consumidores. O método utilizado é o indutivo, com pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Meio ambiente digital. Responsabilidade do provedor. Direito comparado.

Abstract: This paper analyze the issues of the responsibility of Internet Service Provider in the face of the digital environment in the information society. To do this, the authors postulate the existence of digital design environment as an aspect of the environment considered holistically. From this premise, the article brings up two controversial issues on the subject of the information society, namely: the objective responsibility of solidarity between provider and third part to do the grievance and the existence of personality rights in collision between freedom of information and right to privacy, image, intimacy and honor. In addition, the analysis will be guided under the sieve of the study time, by a judgment issued by the Supreme Court, assuming constitutional and normative analysis infra (Civil Framework for Internet). Primary Brazilian and Spain law, is important to highlight, the civil framework for internet, can not exceed the dictates of the Brazilian Federal Constitution and the consumer protection code, because of this situation would generate subversion of the principles of human dignity and the rights of consumers already consolidated. The method used is the inductive, with doctrinal and jurisprudential research.

Keywords: Digital environment. Responsibility of Internet Service Provider. Comparative law.

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS: SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O presente estudo é desenvolvido com base no método indutivo, com a utilização de doutrina e jurisprudência.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, tivemos início ao período conhecido como *Guerra Fria*, momento da história em que o *mundo foi dividido* em duas grandes potências mundiais; de um lado os Estados Unidos da América (EUA) e do outro a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) disputavam forças para ocupar o posto de *superpotência mundial*. Neste período, estas potências mundiais investiram em alta tecnologia e, dentre suas descobertas tecnológicas, criaram os mísseis intercontinentais, que poderiam ser acionados com o *apertar de um único* botão, sem a movimentação de qualquer tropa. Por esta razão, os EUA, temendo a perda da sua comunicação com eventual destrui-

ção de uma região causada pelo poder devastador de uma bomba atômica, investiram na busca de uma tecnologia que permitisse a continuidade do sistema de comunicação de suas forças armadas, e em 1969 criou a *Advanced Research Projects Agency* (ARPAnet), dando início ao que hoje conhecemos como Internet⁴.

Nesta primeira fase, a Internet era de uso exclusivamente militar, seu princípio básico de funcionamento é o mesmo utilizado na sociedade contemporânea, consistente na utilização de *caminhos* alternativos para se chegar ao *endereço* desejado, permitindo a comunicação mesmo com a perda de funcionalidade um ou mais pontos causados por algum impacto de míssil inimigo, “ou seja, na hipótese de um dos troncos (*caminho pelo qual trafega o sinal eletrônico*) estar obstruído, procuraria ela, automaticamente, um outro caminho que o substituisse”⁵. No momento em que a tecnologia ARPAnet passou a ser utilizada por universidades e laboratórios recebeu a denominação de Internet⁶ tendo sua efetiva expansão apenas em 1973, com a criação do Protocolo de Controle da Transmissão/Protocolo Internet (TCP/IP), por Vinton Cerf⁷, do departamento de Pesquisa Avançada da Universidade da Califórnia. Este protocolo permite a *networks* incompatíveis por programas e sistemas comunicarem-se entre si⁸; em outras palavras, a Internet possibilitou a comunicação global entre máquinas conectadas à rede:

*A Internet é um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada na rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento*⁹.

Esta revolução tecnológica ocorrida no final do século XIX modificou as estruturas existentes na sociedade, em especial na área de comunicação. A principal característica desta fase é a possibilidade de amplo acesso à informação, o que justifica a nomenclatura *Sociedade da Informação*.

⁴ PAESANI, Liliansa Minardi. **Direito e Internet**: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.

⁵ CORREA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502112537/page/26>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

⁶ BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **Direito do Consumidor na Internet**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2002. p. 30.

⁷ Vinton Cerf ficou conhecido como o pai da Internet. Disponível em: <<http://internethalloffame.org/inductees/vint-cerf>>. Acesso em: 10 maio 2015.

⁸ PAESANI, Liliansa Minardi. **Direito e Internet**: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.

⁹ CORREA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502112537/page/26>>. Acesso em: 10 maio 2015.

Para Castells¹⁰ o paradigma da tecnologia da informação está fundado em cinco características: 1 – a informação é a sua matéria-prima; 2 – penetrabilidade dos efeitos da nova tecnologia (as atividades humanas são afetadas pela tecnologia); 3 – predomínio da lógica das redes (a rede pode ser implementada materialmente em todos os tipos de processos e organizações); 4 – flexibilidade (a rede possui alta capacidade de reconfiguração); 5 – convergência de tecnologias específicas (a tendência natural é de integração de todo o sistema).

Todos os computadores conectados à rede denominada Internet ficam interligados entre si permitindo o acesso à informação de forma quase que instantânea, em qualquer lugar do mundo. Esta conexão pode ser feita por: cabos, satélites e redes telefônicas. Por esta razão, a Internet rapidamente se popularizou. Em novembro de 2014 a rede mundial de computadores já tinha aproximadamente 3 bilhões de usuários, ou seja, 40%¹¹ de toda a população mundial. No Brasil, de acordo com os dados divulgados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2013, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE¹², mais de 85 milhões de brasileiros tinham se conectado à Internet, sendo que 48% dos domicílios brasileiros tinham acesso à Internet, e cinco anos antes este número, de acordo com o Ibope NetRatings, era de aproximados 40 milhões de usuários¹³.

Necessário esclarecer que a *Sociedade da Informação* não se limita apenas ao uso da Internet, já que se estende a todo e qualquer meio de comunicação, presencial ou não. Desta forma, a televisão, o rádio e o telefone são fundamentais na caracterização desta nova sociedade. A primeira vez em que houve a utilização desta denominação foi em 1993, durante o Conselho Europeu de Copenhagen, por Jacque Delors, Presidente da Comissão Europeia, que introduziu as primeiras ideias de infraestrutura da informação¹⁴.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 atenta a esta nova etapa da civilização, estabelecendo como princípio o acesso de todos à informação (art. 5º, XIV), sem qualquer censura ou licença prévia (arts. 5º, IX e 220). Em 1997, com o lançamento do *Livro Verde da Sociedade da Informação*, o Governo Federal iniciou um programa para a Sociedade da Informação e estabeleceu diretrizes e metas. Na primeira fase, foram estabelecidas as bases para a criação da infraestrutura da rede no país, com a inserção do programa Rede Nacional de

¹⁰ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 8. ed. P. 108. Disponível em: <https://doc-0k-a0-apps-viewer.googleusercontent.com/viewer/secure/pdf/3nb9bdfcv3e2h2k1cmql0ee9cvc5l0le/2mk9btf1cc8hiboa34gi46tupbo5dog4/1435328700000/drive*/ACFrOgAUUgXttSLICF5dovlamwpEAaw_VWVX5wxnm3nrZLSpzjiLg8Eb8xmVjJNC-ts0ddDP6pwm64qeGeKmkHsYXb5eTfwg_t2jr_dIG3w9Iouu0ED32dAxMys85TQ=?print=true>. Acesso em: 25 jun. 2015.

¹¹ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/11/1553088-internet-ja-tem-quase-3-bilhoes-de-usuarios-no-mundo-diz-onu.shtml>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

¹² Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2876>>. Acesso em: 01 maio 2015.

¹³ Disponível em: <<http://www.intervozes.org.br/direitoacomunicacao/?p=20780>>. Acesso em: 10 maio 2015.

¹⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Direito na Sociedade da Informação**. 3 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 86.

Pesquisa do Ministério da Ciência e Tecnologia. Na segunda fase, a preocupação foi a de melhora da estrutura já instalada, com o aumento da velocidade da Internet, de modo a deixá-la compatível com o sistema mundial. Na terceira fase, o objeto é a regulação do setor, motivando a criação do Marco Regulatório da Internet (Lei 12.965/14).

2 MEIO AMBIENTE DIGITAL COMO ASPECTO DO MEIO AMBIENTE HOLISTICAMENTE CONSIDERADO

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é de interesse de todos, e a sua proteção está regulada no artigo 225 da Constituição Federal brasileira de 1988, nos seguintes termos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Da leitura do *caput* do artigo 225, da Carta Magna, resta cristalina a ideia de que a proteção ao meio ambiente é um dever do Estado e do particular, *todos* devem zelar pela sua preservação e defesa, não só para a própria geração, como também para as subsequentes, por se tratar de um bem maior cujo interesse é a manutenção de um sistema ecologicamente equilibrado que permita a continuidade da espécie humana¹⁵.

Entretanto, a Constituição Federal não traz o conceito do que é *meio ambiente*, por esta razão, nos socorremos à Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981, devidamente recepcionada pela Carta Magna, dispondo sobre a *Política Nacional do Meio Ambiente*, que traz a seguinte definição: “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I).

Com efeito, o meio ambiente compreende todas as formas de vida e seu perfeito equilíbrio com o local em que vivem, e o destinatário do direito ambiental brasileiro é a pessoa humana, já que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), configurando o posicionamento antropocêntrico.

¹⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53.

Da leitura do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal é possível afirmar, ainda, que o *bem ambiental é essencial à sadia qualidade de vida*, ou seja, seu objeto é a proteção à vida de todos os seres. Não obstante, quando falamos da pessoa humana, a proteção é da vida (de forma direta ou indireta) e da sua dignidade (um dos fundamentos da República Federativa do Brasil). Nesse diapasão, Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹⁶ entende que é o chamado *piso vital mínimo*:

Nossa Constituição Federal, exatamente no sentido de estabelecer concretamente o significado dos direitos considerados essenciais à dignidade da pessoa humana, regrou um mínimo destinado aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a ser assegurado pelo Estado Democrático de Direito, garantindo fundamentalmente no âmbito dos direitos materiais ambientais disciplinados na Carta Magna os direitos a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência privada, proteção à maternidade, proteção à infância e assistência aos desamparados (art. 6º) como um verdadeiro piso vital mínimo a ser necessariamente assegurado pelo Estado Democrático de Direito.

Não há como delimitar ou classificar de forma definitiva o meio ambiente, tendo em vista que se fecharmos o sistema com classificações taxativas correríamos o risco de não proteger algum bem necessário ao equilíbrio ecológico do sistema, já que o bem em discussão é a vida saudável em todas as suas formas. Contudo, é possível identificar algumas classificações: (i) patrimônio genético; (ii) meio ambiente cultural; (iii) meio ambiente artificial; (iv) meio ambiente do trabalho; e, (v) meio ambiente natural.

Considerando o objeto do presente trabalho há que se fazer a análise pontual em relação ao meio ambiente cultural, pois nele está inserido o meio ambiente digital. O conceito para o patrimônio cultural é dado pelo artigo 216, da Constituição Federal:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

¹⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

Destarte, o patrimônio cultural compreende o bem material e imaterial, de natureza individual ou coletiva, móvel ou imóvel. O conceito dado pela Carta Magna ao patrimônio cultural não é fechado, em razão da utilização da expressão *nos quais se incluem*, constante no *caput* do artigo em análise. É inegável que os meios de comunicação compreendem o patrimônio cultural do país, ainda que em ambiente digital, já que criados para atender às necessidade humanas:

O meio ambiente cultural por via de consequência se revela no século XXI em nosso país exatamente em face de uma cultura que passa por diversos veículos reveladores de um novo processo civilizatório adaptado necessariamente à sociedade da informação, a saber, de uma nova forma de se viver relacionada a uma cultura de convergência em que as emissoras de rádio, televisão, o cinema, os videogames, a Internet, as comunicações, através de ligações de telefones fixos e celulares, etc. moldam uma “nova vida” reveladora de uma nova faceta do meio ambiente cultural, a saber: o meio ambiente digital¹⁷. (grifo do autor)

Demais disso, vale observar que os artigos 220 a 224 da Constituição Federal brasileira tratam da *Comunicação Social*, enquanto que os artigos 215 e 216, do mesmo diploma legal, tratam da *Cultura*, sendo que a interpretação destes sistemas deve obedecer ao disposto nos artigos 1º ao 4º, permitindo a harmonia no sistema. O tema é abordado por Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹⁸:

O meio ambiente digital, por via de consequência, fixa no âmbito de nosso direito positivo os deveres, direitos, obrigações e regime de responsabilidades inerentes à manifestação de pensamento, criação, expressão e informação realizados pela pessoa humana com a ajuda de computadores (art. 220 da Constituição Federal), dentro do pleno exercício dos direitos culturais assegurados a brasileiros e estrangeiros residentes no país (arts. 215 e 5º da CF) orientado pelos princípios fundamentais da Constituição Federal (arts. 1º a 4º da CF).

Trata-se indiscutivelmente no século XXI de um dos mais importantes aspectos do direito ambiental brasileiro destinado às presentes e futuras gerações (art. 225 da CF), verdadeiro objetivo fundamental a ser garantido pela tutela jurídica de nosso meio ambiente cultural (art. 3º da CF), principalmente em face do “abismo digital” que ainda vivemos no Brasil.

Portanto, todos os meios de comunicação existentes na *Sociedade da Informação* pertencem ao patrimônio cultural brasileiro e devem ser preservados, desde que não coloquem em risco a vida da pessoa humana, inclusive, da sua dignidade, tendo em vista que o patrimônio maior a ser protegido é a vida com dignidade em um sistema ecologicamente equilibrado.

¹⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Fundamentos Constitucionais do meio @mbiente Digit@l na Sociedade da Informação. In: **O Direito na Sociedade da Informação III**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13.

¹⁸ *Ibid.*, p. 22.

3 ANÁLISE CRÍTICO-JURÍDICA DO JULGADO BRASILEIRO: CASO GOOGLE

Para o estudo temático de sociedade da informação, foi escolhido o acórdão emblemático e julgado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, cuja ementa segue abaixo:

*Google. Redes Sociais. Sites de Relacionamento. Publicação de Mensagens na Internet. Conteúdo ofensivo. Responsabilidade civil do Provedor. Danos Morais. Indenização. Colisão entre a liberdade de expressão e de informação versus direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Repercussão geral reconhecida pelo plenário virtual desta corte*¹⁹. (grifo nosso)

Em seu voto o relator, Ministro Luiz Fux, destacou que os principais trechos do V. Acórdão²⁰ impugnado:

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. Observe-se que a responsabilidade neste caso é apurada de forma objetiva, tendo em vista a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

(...)

Não há como prosperar a alegação de que pelo fato da recorrente não ser a autora do conteúdo publicado ela não é responsável por eventuais danos causados. O serviço prestado pela recorrente exige a elaboração de mecanismos aptos a impedir a publicação de conteúdos passíveis de ofender a imagem de pessoas, evitando-se que o site de relacionamento configure um meio sem limites para a manifestação de comentários ofensivos, sem que se observem regras mínimas.

O fato do conteúdo ora discutido ter sido elaborado por terceiros não exclui a responsabilidade da recorrente em fiscalizar o conteúdo do que é publicado e se os usuários estão observando [sic] as políticas elaboradas pelo próprio site.

Alega o Agravante que a decisão impugnada pelo Recurso Extraordinário resulta em censura prévia, por determinar que o sítio hospedeiro fiscalize as informações circuladas na rede, o que seria vedado pelos artigos 5º, IV, IX, XIV, XXXIII e 220, § 1º, §2º, § 6º, da Constituição da República.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 660.861 Minas Gerais. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3058915>>. Acesso em: 04 jul. 2015.

²⁰ *Ibidem*.

Restariam vulnerados, segundo argumenta o Recorrente, a liberdade de expressão e o direito à informação. Assim também, o princípio da reserva de jurisdição do Poder Judiciário, que seria o “único com capacidade para efetuar juízo de valor sobre conteúdos revestidos de subjetividade”. Insta definir, à mingua de regulamentação legal da matéria, se a incidência direta dos princípios constitucionais gera, para a empresa hospedeira de sítios na rede mundial de computadores, o dever de fiscalizar o conteúdo publicado nos seus domínios eletrônicos e de retirar do ar as informações reputadas ofensivas, sem necessidade de intervenção do Judiciário.

Considero que a matéria possui Repercussão Geral, apta a atingir inúmeros casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. (grifo nosso)

Delineado o conflito existente, resta por necessária a análise crítico-jurídica do caso posto sob análise:

Trata-se de ação ajuizada em razão da criação de uma *comunidade virtual* denominada *Eu odeio a A.*²¹ no *site* de relacionamento *Orkut*, em que eram veiculadas mensagens e imagens que denegriam a imagem da autora, professora em duas escolas do ensino médio. A autora, que não era usuária do *site* de relacionamento em questão, argumentou que foi vítima de olhares preconceituosos e comentários jocosos sobre a sua pessoa, tendo a sua dignidade, honra e imagem violadas. Sustentou que, assim que soube da criação de referida *comunidade*, requereu à empresa ré a exclusão da referida, tendo recebido a negativa à sua missiva, sob a alegação de *que o conteúdo da comunidade não violaria de forma clara as leis do mundo real ou infringiria* a política da empresa. Em sua defesa, a ré alegou não ser a responsável pelo conteúdo lançado e que não poderia ser responsabilizada por ato praticado por terceiros, já que lhe é vedada a censura ou licença, cabendo esta tarefa ao Poder Judiciário, invocando ainda o princípio da liberdade de expressão. A sentença proferida em primeira instância foi de procedência com a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e a exclusão da comunidade. O recurso inominado interposto pela ré não logrou êxito, motivando a interposição do Recurso Extraordinário que restou por inadmitido e, posteriormente, o respectivo agravo contra o despacho denegatório. Neste último, houve o reconhecimento da Repercussão Geral da Matéria.

3.1. O Quadro Antinômico Entre o Direito à Liberdade à Informação e Expressão e o Direito à Imagem, Intimidade, honra e Privacidade em Face da Constituição Federal Brasileira

No acórdão em comento, analisa-se tema de grande relevância no cenário mundial, o direito à liberdade de informação e expressão *versus* os direitos personalíssimos à imagem, intimidade, honra e privacidade sob o contexto da busca de uma resposta plena sobre os limites de cada um desses direitos no âmbi-

²¹ Em atenção ao princípio da privacidade previsto na Constituição Federal de 1988, o nome da ofendida foi suprimido do presente artigo e substituído pela letra inicial de seu nome.

to da responsabilidade do provedor de serviços. Há um confronto principiológico entre os direitos acima destacados, já que a própria Constituição Federal brasileira de 1988 garante a liberdade de expressão e veda a censura ou licença (art. 5º, inciso IX e 220, *caput*, §§ 1º, 2º e 6º), assegurando, simultaneamente o direito de todos à informação (art. 5º, inciso XIV), o que em uma leitura defensiva ao provedor de serviços impossibilitaria a “fiscalização prévia” do conteúdo postado pelo usuário e o “monitoramento e varredura de conteúdo”. Contudo, o direito do usuário está resguardado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que é, como já visto anteriormente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, Constituição Federal Brasileira) e pelos direitos à privacidade, intimidade, honra, imagem e vida privada (art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal Brasileira).

Portanto, a *vexata quaestio* encontra-se na antinomia existente entre os direitos em questão e nos critérios constitucionais existentes à resolução do caso.

Segundo Greice Patrícia Fuller²², a dignidade da pessoa humana, “*embora reconhecida como conceito a priori teve sua existência reconhecida e formalizada pela Constituição Federal de 1988 como o valor-matriz dos fundamentos da República Federativa do Brasil*”.

Assim, continua a autora a informar que a dignidade da pessoa humana caracteriza-se como “*um valor fundamental de toda ordem sistêmica refletida no conjunto ideológico presente na citada Carta Magna, assim entendendo a ordem jurídica, político-administrativa, tributária, econômico-financeira, cultural e social*”²³.

Portanto, nos termos da Constituição Federal de 1988 é inconcebível desconsiderar este valor fundamental que, como já dito, é apontado por Celso Antonio Pacheco Fiorillo²⁴ como um verdadeiro *piso vital mínimo*:

Destarte, cabe reiterar que o princípio fundamental da República Federativa do Brasil que consagra a dignidade da pessoa humana deve não só ser estabelecido como ‘piso’ determinante de toda e qualquer política de desenvolvimento, como, necessariamente, projetar-se sobre o modo como devam ser assegurados todos os demais direitos na sociedade previstos na Constituição Federal.

*Daí duas conclusões importantíssimas, como reflexo no direito constitucional brasileiro em vigor: 1) a pessoa humana passa a ser a verdadeira razão de ser de todo o sistema de direito positivo em nosso país e evidentemente do direito ambiental brasileiro; 2) a importância da pessoa humana se reafirma, no plano constitucional sua **dignidade** como mais importante fundamento da República Federativa do Brasil, constituída que foi em Estado*

²² FULLER, Greice Patrícia. O Meio Ambiente Hospitalar em face da Dignidade da Pessoa humana no Direito Ambiental Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, abr./jun. 2011, p. 62.

²³ *Ibid*, p. 62-63.

²⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34.

*Democrático de Direito, a saber, uma vida com dignidade reclama desde logo a satisfação dos valores mínimos fundamentais descritos no âmbito de nossa Carta Magna no art. 6.º (direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à proteção à infância, assim como a assistência aos desamparados), verdadeiro piso vital mínimo a ser assegurado pelo Estado Democrático de Direito*²⁵.

Com relação à *dignidade da pessoa humana*, Pères Luño²⁶ destaca o seu fundamento axiológico, em razão da própria pessoa natural, que deverá ser protegida de ofensas e humilhações:

*A dignidade da pessoa humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas e humilhações, mas também agrega a afirmação positiva de pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento de total **autodisponibilidade**, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro a **autodeterminação (Selbstbestimmung des Menschen)** que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza*²⁷.

Por certo, a censura é incompatível com o regime democrático, por esta razão, a maioria das Constituições contemporâneas assegura aos seus cidadãos o direito à livre manifestação. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, rasgando qualquer laço existente com o regime militar, acompanhou esta tendência mundial e assegurou a todo brasileiro e estrangeiro residente no

²⁵ ANDRIGHI, Fátima Nancy. O Processo como Efetivação da Dignidade Humana. In: **Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012. p. 374. A magistrada afirma que “*se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem pública, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional*”.

A partir da Constituição de 1988, cria-se uma nova ordem constitucional, em que o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais tornam-se o núcleo da ordem jurídica. Essa mudança de paradigma produz um grande impacto no sistema jurídico nacional, promovendo a releitura dos demais ramos do direito e redefinindo os contornos dos antigos institutos, como a propriedade e o contrato.

²⁶ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 318.

²⁷ SILVA, Marco Antonio Marques. O Processo como Efetivação da Dignidade Humana. In: **Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012. p. 393. O doutrinador prescreve que a “*dignidade decorre da própria natureza humana, o ser humano deve ser sempre tratado de modo diferenciado em face de sua natureza racional. O seu respeito não é uma concessão do Estado, mas nasce da própria soberania popular, ligando-se à própria noção de Estado Democrático de Direito*”.

país, dentre outros direitos, a garantia às liberdades de informação e expressão (artigos: 5º, incisos II, IV e IX; e 220, §§ 1º, 2º e 6º).

Entretanto, o exercício do direito à liberdade de expressão – sem prévia censura ou licença – não pode ocorrer de forma indiscriminada ou desenfreada, ao contrário, deve respeitar os demais princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana, inclusive quanto à inviolabilidade de sua privacidade, honra e imagem (artigos: 1º, inciso III; e 5º, *caput*, incisos V, X, XII e XXXV).

Nesse diapasão, indubitável é a conclusão abaixo encetada:

O direito à liberdade (e aqui se inserem os direitos à liberdade de informar, expressar e comunicar) ganhou novos contornos, a partir do momento no qual houve ampliação de suas formas de manifestações através do surgimento da sociedade da informação. O poder de comunicação implementou-se, tornando-se cada vez mais rápido e efetivo, reduzindo incontestavelmente as fronteiras territoriais que afastam o direito em comento. Contudo, essa liberdade de comunicação gerou uma inequívoca diminuição da qualidade da informação disponível, bem como, operou a redução do sentido comunicacional no que tange a interação intersubjetiva pessoal²⁸.

Portanto, conclui-se que a Constituição Federal, baseada nos princípios acima expostos, busca claramente estabelecer a responsabilidade do provedor de serviços²⁹ na Internet, não na condição de agente criador da manifestação,

²⁸ FULLER, Greice Patrícia. O direito criminal difuso, a dignidade da pessoa humana e a mídia na Sociedade da Informação. In: **Anais do VII Congresso Brasileiro da Sociedade da Informação**. São Paulo, v. 7, p. 131-141, nov. 2014, p. 135-136.

²⁹ Necessária, porém, a correta compreensão do que é o provedor de serviços na Internet, para que a sua eventual responsabilidade possa ser aferida com maior acuidade. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em seus reiterados julgados, tem firmado o seguinte entendimento:

“A world wide web (www) é uma rede mundial composta pelo somatório de todos os servidores a ela conectados. Esses servidores são bancos de dados que concentram toda a informação disponível na Internet, divulgadas por intermédio das incontáveis páginas de acesso (webpages).

*Os provedores de serviços de Internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de **backbone** (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores **backbone** e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da **web**. É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de Internet; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço*

mas sim em sua omissão por não criar mecanismos mínimos de segurança aos usuários da rede, ou ainda, pela negligência nos casos em que for notificado da existência do conteúdo ofensivo.

3.2.1 Estrutura legal brasileira: Código de Defesa do Consumidor e Marco Civil da Internet

No plano infraconstitucional cumpre identificar que a relação existente entre o usuário e o provedor é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, respondendo esse último objetivamente pelos danos causados aos consumidores (art. 14 do CDC). A justificativa para a sua incidência decorre da proteção dada pela norma legal à vítima de defeito³⁰ no serviço prestado pelo fornecedor, equiparando-a à figura do consumidor (art. 17, CDC).

Sobre o assunto, Cláudia Lima Marques esclarece que: “*Basta ser ‘vítima’ de um produto ou serviço para ser privilegiado com a posição de consumidor legalmente protegido pelas normas sobre a responsabilidade objetiva pelo fato do produto presentes no CDC*”³¹.

Para além dos fatos acima articulados, importante destacar que o Código de Defesa do Consumidor estabelece que todo consumidor é vulnerável (art. 4º, I). Sobre o assunto, claras são as ideias de Roberto Senise Lisboa³²:

Considera-se que o consumidor é a parte vulnerável na relação jurídica com o fornecedor, pois se sujeita às práticas do fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo (art. 4.º, I, da Lei n. 8.078/90). Ora, a sociedade industrial e aquela que a sucedeu, denominada sociedade da informação, caracterizam-se, respectivamente, pela produção massificada de produtos e pelo avanço tecnológico dos sistemas de produção. Tal fato inviabiliza, muitas vezes, a demonstração da prova da culpa, porque o consumidor não tem como estabelecer a falha do fornecedor, a imprudência, negligência ou imperícia. E, por essa razão, estabelece-se a regra da responsabilidade objetiva do fornecedor, que deve arcar com a reparação dos danos patrimonial ou moral, pelo simples fato de explorar uma atividade de risco no mercado de consumo.

prestado”. (REsp. 1316921/RJ – Relª. Minª. Nany Andriighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23036842&num_registro=201103079096&data=20120629&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 25 jun. 2015)

³⁰ NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 272. Segundo o autor, “o vício pertence ao próprio produto ou serviço, jamais atingindo o próprio consumidor ou outros bens seus. O defeito vai além do produto ou serviço para atingir o consumidor em seu patrimônio jurídico material e/ou moral. Por isso somente se fala propriamente em acidente de consumo em caso de defeito”.

³¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 550.

³² LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 110.

Conforme exposto, “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*” (art. 5º, IV, CF). Assim, se por um lado o provedor não pode restringir a livre manifestação de pensamento, dúvida alguma há de que ele seja responsável pela criação de mecanismos de segurança que impeçam que usuários não identificados ou com perfis falsos, possam violar as normas legais, visto que os direitos constitucionais não são absolutos, encontrando limitações em face de outros.

Ademais, vale salientar que é incontroverso que os provedores tenham as suas *Políticas de Privacidade e/ou Termos de Serviço*, e isso não corresponde à *censura*, mas manutenção dos limites do uso dos instrumentos tecnológicos. Nos *Termos de Serviço* da empresa Google consta, por exemplo, o alerta ao usuário sobre a possibilidade de suspensão ou cancelamento dos serviços em decorrência do descumprimento das leis³³.

Vale lembrar que, no caso em análise, sem o consentimento da usuária, houve a utilização de sua imagem, fato este que já caracteriza a violação ao disposto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Portanto, ao receber a missiva da usuária alertando quanto ao uso indevido de sua imagem e violação de sua honra, caberia ao provedor providenciar a imediata retirada do conteúdo do ar, partindo do pressuposto que a dignidade da pessoa humana é o princípio norteador de todos os demais. O parecer do subprocurador geral da República não difere deste entendimento:

Em verdade, a empresa não poderia minimizar a importância da publicação, não autorizada, de fotografia da recorrente e de comentários satíricos e ofensivos sobre o seu modo de ser, o que resultou em flagrante lesão a direitos da personalidade, sopesados em Juízo.

Ressalta-se que a inviolabilidade da imagem das pessoas reveste-se da natureza de garantia fundamental e sua utilização constitui direito exclusivo e personalíssimo, cuja inobservância gera o necessário e inafastável dever de reparar o prejuízo causado, independente do intuito comercial da reprodução não consentida da imagem, bastando a presunção de desconforto e constrangimento que resulta da violação da intimidade e vida privada.

*Ressalta-se, a tanto, que os elementos probatórios e fatos são insuscetíveis de reavaliação na sede extraordinária*³⁴.

³³ “*Não faça uso indevido de nossos Serviços. Por exemplo, não interfira com nossos Serviços nem tente acessá-los por um método diferente da interface e das instruções que fornecemos. Você pode usar nossos serviços somente conforme permitido por lei, inclusive leis e regulamentos de controle de exportação e reexportação. Podemos suspender ou deixar de fornecer nossos Serviços se você descumprir nossos termos ou políticas ou se estivermos investigando casos de suspeita de má conduta*”. Disponível em: <<https://www.google.com/intl/pt-BR/policies/terms/>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

³⁴ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2179170&ad=s#48%20-%20Manifesta%20E3o%20da%20PGR%20-%20Pe%20E7a%20recebida%20pelo%20webservice%20Integradorws>>. Acesso em: 27 jun. 2015

Inequivoca, portanto, é a violação da dignidade da usuária, que teve sua imagem violada, sua honra e reputação transgredidas, não por culpa ou responsabilidade direta do provedor de serviços, mas por sua omissão ao não criar mecanismos aptos a impedir a liberdade de expressão de forma anônima³⁵, e sequer respondeu a missiva da autora³⁶ sob o fundamento de violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para finalizar, importante registrar que recentemente foi sancionada a Lei 12.965/14 conhecida como *Marco Civil da Internet*³⁷, a qual regula a questão da responsabilidade do provedor de serviços, em seus artigos 18 e 19:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

³⁵ O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar questão análoga, entendeu que a responsabilidade do provedor apenas poderá ser configurada em caso de omissão após pedido do consumidor: “**Civil e consumidor. Internet. Relação de consumo. Incidência do CDC. Provedor de conteúdo. Fiscalização prévia do conteúdo postado no site pelos usuários. Desnecessidade. Mensagem de cunho ofensivo. Dano moral. Risco inerente ao negócio. Inexistência. Ciência da existência de conteúdo ilícito. Retirada do ar em 24 horas. Dever. Submissão do litígio diretamente ao poder judiciário. Consequências. Dispositivos legais analisados: Arts. 14 do CDC e 927 do CC/02. (...) 2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade de provedor de rede social de relacionamento via Internet pelo conteúdo das informações veiculadas no respectivo site. 3. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei 8.078/90. 4. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 6. Ao ser comunicado de que determinada postagem possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, “deve o provedor removê-la preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada”. 7. Embora o provedor esteja obrigado a remover conteúdo potencialmente ofensivo assim que tomar conhecimento do fato (mesmo que por via extrajudicial), ao optar por submeter a controvérsia diretamente ao Poder Judiciário, a parte induz a judicialização do litígio, sujeitando-o, a partir daí, ao que for deliberado pela autoridade competente. A partir do momento em que o conflito se torna judicial, deve a parte agir de acordo com as determinações que estiverem vigentes no processo, ainda que, posteriormente, haja decisão em sentido contrário, implicando a adoção de comportamento diverso. Do contrário, surgiria para as partes uma situação de absoluta insegurança jurídica, uma incerteza sobre como se conduzir na pendência de trânsito em julgado na ação. 8. Recurso especial provido”. (grifo nosso)**

³⁶ Por diversas vezes, o STJ já se manifestou no sentido de que o provedor ao ser comunicado de que determinada postagem possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, deve removê-la preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de forma que a partir de sua confirmação, exclua o exclua definitivamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada (REsp. 1.406.448/RJ – 3ª T. – DJ 21.10.2013; AgRg no REsp. 1.325.220/MG – 3ª T. – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino)

³⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 27 jun. 2015.

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.

Denota-se dos referidos dispositivos que a responsabilidade do provedor apenas existe na hipótese de não cumprimento da decisão judicial, visando resguardar a liberdade de expressão e a censura.

Inequívoca nos parece a existência de antinomia no que tange à responsabilidade do provedor fixada nos artigos acima mencionados, em face do Código de Defesa do Consumidor. Como já exposto acima, o provedor de serviços, é fornecedor subsumindo-se perfeitamente ao art. 3º do CDC, e se ele presta serviço remunerado direta ou indiretamente³⁸ (através de publicidade) ao usuário, esse é considerado como usuário-consumidor³⁹.

Portanto, incontestemente deve ser a aplicação do CDC, havendo responsabilidade objetiva do fornecedor sem a imposição como ora é imposta de judicialização⁴⁰ que, ademais, só analisa a responsabilidade do provedor em caso de desobediência à ordem judicial.

O art. 19 trata de um retrocesso inconstitucional, subvertendo os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade da vida privada, intimidade, imagem e honra⁴¹, fato esse que, indubitavelmente, trará o esvazia-

³⁸ *Vide* julgados REsp. 566.468/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 23-11-2004 e REsp 1186616/MG, Rel. Min. Nancy Andrighy.

³⁹ Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo “o usuário é necessariamente pessoa humana que usa a internet, serve-se dela ou desfruta de serviços destinados tanto ao seu fornecimento como ao seu consumo e em face de uma cultura dominante. Estamos diante do usuário fornecedor, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como o ente despersonalizado, que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (art. 3º da Lei 8078/90 aplicável à presente norma em face dos comentários anteriormente elaborados, bem como do usuário consumidor, pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto (...) como destinatário final equiparando-se ao usuário consumidor, principalmente em face da natureza da internet (art. 6º da Lei 12965/2014) a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo ocorridas em face do uso da internet no Brasil (art. 2º, **caput** e parágrafo único, aplicáveis à presente norma em face dos comentários anteriormente elaborados)”. In: **Comentários à Lei 12965/2014**: O marco civil da internet em face do Meio ambiente digital na Sociedade da Informação, *op.cit.*, p. 56-58.

⁴⁰ Não há como considerar o art. 19 constitucional no que tange à questão da judicialização, pois violados frontalmente os artigos 92 a 126, ambos da Constituição Federal.

⁴¹ Vale também lembrar que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) e que tutela o direito à integridade pessoal, à honra e à dignidade (arts. 5 a 11).

mento de princípios conquistados pelos consumidores e acúmulo de ações ao Poder Judiciário. Para além disso, clara é a carga de desigualdade de tratamento existente entre os provedores de aplicações de internet e os demais.

Os arts. 18 e 19 merecem análise profunda dada a natureza teratológica de seus conteúdos, já que desmerecem toda a interpretação sistemática e mesmo a própria redação existente em artigos iniciais (especialmente artigos 3º e 4º⁴²), na Constituição Federal e no CDC (arts. 6º, incisos VIII e 14 do CDC).

Nesse diapasão, Celso Antonio Pacheco Fiorillo observa que: “*A seção III merece ser analisada em seu todo por causar absoluta estranheza em face de sua inclusão com propósitos TOTALMENTE dissociados dos princípios e garantias constitucionais, dos fundamentos, princípios e objetivos, bem como dos direitos e garantias dos usuários previstos na Lei 12.965/2014*”⁴³.

A inconstitucionalidade do art. 18 é flagrante, tendo em vista a regra geral de solidariedade imposta no âmbito do art. 3º, inciso I da Constituição Federal do Brasil, concluindo-se que o provedor de conexão à internet deve ser responsabilizado civilmente por danos causados por conteúdo gerado por terceiros (responsabilidade solidária) e não ser afastado do polo ativo sem qualquer razão constitucional e infraconstitucional (CDC) para tal hipótese.

Como conciliar assim mais uma antinomia existente no caso em tela, qual seja, a existente entre o CDC e o Marco Civil da Internet?

Privilegiando a interpretação sistemática e teleológica que se há de ter, valorando o ordenamento jurídico como um *ontos* unitário e por todos os motivos acima elencados, conclui-se pela defesa da aplicação do CDC, especialmente em decorrência do seu art. 6º, que se traduz em norma de ordem pública, no que tange à responsabilidade do provedor Google, sendo aplicado subsidiariamente, no que for mais favorável ao consumidor, o Marco Civil da Internet⁴⁴.

3.2.2 Estrutura legal: Espanha

a) Convenção dos Direitos humanos e liberdades fundamentais: A Convenção dos direitos do homem e liberdades fundamentais de 1950 em seu artigo 8º, inicia sua tutela protetiva em relação à chamada “vida privada” reconhecendo que “*toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e famili-*

⁴² Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo houve um acatamento claro do conteúdo integral do art. 3º da Carta Magna por parte da Lei 12.965 em relação aos arts. 3º e 4º, reveladores da adoção da responsabilidade solidária. In: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Comentários à Lei 12.965/14:** O marco civil da internet em face do Meio ambiente digital na Sociedade da Informação. Saraiva: São Paulo, p. 40.

⁴³ *Ibidem*, p. 107.

⁴⁴ Assim ocorreu no julgamento da ADIn 2.591 pelo Supremo Tribunal Federal em julgado da lavra do Min. Joaquim Barbosa, que afirma: “*Não há, a priori, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas sim, em ‘influências recíprocas’, em aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente*”.

ar, de seu domicílio e de sua correspondência”, e posteriormente informa as hipóteses que excepcionam o citado direito. Hoje, o sentido de privacidade foi ampliado em face do surgimento da sociedade da informação, contudo, a Convenção reconheceu que: a) o direito à “vida privada” é um direito reconhecido ao ser humano; b) garantiu o respeito a lesões imputáveis ao Estado ou a outra pessoa jurídica de direito privado.

b) Constituição Espanhola: Trata-se de documento que ensejou por parte do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que o direito à ‘vida privada’ “no corresponde al ciudadano, al trabajador, al consumidor, al deudor etc, sino a la ‘persona’: al ser humano, prescindiendo de las calificaciones que a ella se puedan referir en virtud del contexto en que la persona se sitúe”⁴⁵.

No que tange à Constituição Espanhola, imprescindível é a leitura do artigo 10.1, que estabelece a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos invioláveis que lhe são inerentes, como fundamentos da ordem política e da paz social.

Posteriormente, no art. 18.1 há a disposição prevista no art. 20 também da Constituição Espanhola (na seção primeira dos “direitos fundamentais e das liberdades públicas”) sobre a garantia do direito à honra, intimidade pessoal e familiar e à imagem. E, ainda sobre a temática, convém observar que o art. 20.1 estabelece o reconhecimento e a proteção dos direitos a) a expressar e difundir livremente os pensamentos, ideias e opiniões mediante a palavra, a escrita ou qualquer outro meio de reprodução e; b) a comunicar e receber livremente informação verdadeira por qualquer meio de difusão/comunicação.

Importante salientar a lição trazida por Rosa Maria Moreno Flórez⁴⁶, informando que:

Los derechos reconocidos en el art. 18.1 de la Constitución Española son derechos fundamentales con un carácter privilegiado, que les convierte en límites del derecho a la información y a la libertad de expresión, tal y como se establece en el art. 10.4 de nuestra norma fundamental(...) En los casos de colisión de estos derechos, la jurisprudencia se ha decantado por aplicar la siguiente doctrina, tales derechos no se puede establecer a priori, sino que ha de realizarse caso por caso; b) La ponderación de estos derechos ha de tener en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que ostenta el derecho a la libertad de información del art. 20.1 d de la Constitución Española sobre los derechos de la personalidad del art. 18.8 de la misma norma (...); c) Cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbito

⁴⁵ SOLINAS, Carla. Tutela de la persona y tratamiento de los datos personales. Derecho interno y jurisprudencia del Tribunal Europeo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. In: LLÁCER MATÁCAS, María Rosa (Coord.). **Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia**. Madrid: La Ley, 2011. p.150.

⁴⁶ FLORÉZ, Rosa Maria Moreno. Los menores y el control de la información personal. In: LLÁCER MATÁCAS, María Rosa (Coord.). **Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia**. Madrid: La Ley, 2011. p. 101-103.

que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público (...). (grifos nossos) recogada en la STS, de la Sala 1ª, de 6 de marzo de 1995: a) La delimitación de la colisión entre

Nota-se claramente que o direito à intimidade, presente no art. 18.1 da Constituição Espanhola, se relaciona de uma forma simbiótica com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade configurado no art. 10.1 da mesma norma legal.

c) Lei 34/2002 (LSSI: Ley de Servicios de la Sociedad de la Información), Lei 25/2007 y Directiva 95/46/CE

A Directiva 95/46/CE regulamenta o tratamento de dados pessoais na União Europeia, garantindo o direito de retificação e pagamento indenizatório de informações inverídicas, incorretas e incompletas.

A regra geral em relação à responsabilidade dos prestadores de serviços de intermediação está disposta no art. 13 LSSI, que estabelece que os mesmos estão sujeitos à responsabilidade civil, penal e administrativa.

Importante analisar decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia⁴⁷ destacando também o entendimento de que o direito à liberdade de informação e expressão não são absolutos. Trata-se de decisão que consagrou o direito ao esquecimento em face de cidadão espanhol que teve a exposição de sua vida privada através do provedor Google.

Outra importante decisão que deve ser analisada é a proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia⁴⁸, cujo teor central impõe que sempre que alguém se incomodar com determinada página na web, poderá pedir diretamente ao Google que não mais a relacione a uma pesquisa com o seu nome. Os juízes consideraram que ao listar *sites* (como resultado de buscas feitas pelos internautas), o Google faz o que se chama de “tratamento das informações”, sendo responsabilizado por danos à imagem do pesquisado. Contudo, afirma que o preju-

⁴⁷ Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d585485bc5ed1a4a0698fdbaf380e2b01.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNb3z0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=262988>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

⁴⁸ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção) -13 de maio de 2014(*): “Dados pessoais – Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento desses dados – Directiva 95/46/CE – Artigos 2º, 4º, 12º e 14º – Âmbito de aplicação material e territorial – Motores de busca na Internet – Tratamento de dados contidos em sítios web – Pesquisa, indexação e armazenamento desses dados – Responsabilidade do operador do motor de busca – Estabelecimento no território de um Estado-Membro – Alcance das obrigações desse operador e dos direitos da pessoa em causa – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Artigos 7º e 8º”. No processo C-131/12, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267º TFUE, pela Audiência Nacional (Espanha), por decisão de 27 de fevereiro de 2012, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 9 de março de 2012, no processo Google Spain SL, Google Inc. contra Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González.

dicado deve fazer o pedido de supressão de seu nome ao Google. Outro dado importante da decisão é que deixa claro que não importa se a informação em tela seja lícita ou não, posto que o direito à imagem e vida privada se sobrepõe ao direito à informação, excepcionando-se o caso em que seja uma informação de interesse público.

CONCLUSÕES

O artigo em questão analisa as questões inerentes à responsabilidade do provedor de serviços por danos causados em relação a terceiros, estabelecendo alguns pontos finais:

- a) os direitos à liberdade de expressão e informação encontram limites constitucionais deduzidos dos princípios da dignidade da pessoa humana e dos direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem, bem como limites infraconstitucionais previstos no Código de Defesa do Consumidor (especialmente em seu art. 6º), sendo que tais condicionamentos não podem ser considerados como violações à proibição da censura prévia;
- b) O usuário de provedor de conexão é considerado como usuário-consumidor e o provedor de serviços de internet deve ser caracterizado como fornecedor. Em sendo assim, a relação entre ambos se encontra subsumida no Código de Defesa do Consumidor, o qual impõe a responsabilidade objetiva, bem como a solidária, entre prestadores de serviços (teoria do risco da atividade);
- c) No que tange ao Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), o mesmo merece ser interpretado sistemática e teleologicamente segundo a Constituição Federal Brasileira e o Código de Defesa do Consumidor, entendendo-se inconstitucional o dispositivo presente no art. 18 do presente regramento jurídico;
- d) Realizando-se o estudo interpretativo e comparativo da problemática acima trazida, observa-se que na Espanha o ordenamento jurídico interno e comunitário europeu assimilam o entendimento de que o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos à liberdade de expressão e informação não são absolutos, necessitando o provedor de detenção de mecanismos aptos a impedir a veiculação de conteúdos ofensivos à imagem de uma pessoa, sob pena de responsabilização jurídica.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O Processo como Efetivação da Dignidade Humana. In: **Direito Constitucional Contemporâneo**. Homenagem ao Professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.

- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **O Direito da Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007. v. 1.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BLUM, Rita Peixoto Ferreira. **Direito do Consumidor na Internet**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2002.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. Fundamentos Constitucionais do meio @mbiente Digit@l na Sociedade da Informação. *In: O Direito na Sociedade da Informação III*. São Paulo: Atlas, 2013
- _____. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2014
- _____. **Comentários à Lei 12.965/14: O marco civil da internet em face do Meio ambiente digital na Sociedade da Informação**. São Paulo: Saraiva, 2015
- FLORÉZ, Rosa María Moreno. Los menores y el control de la información personal. *In: LLÁCER MATÁCAS, María Rosa (Coord.). Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia*. Madrid: La Ley, 2011.
- FULLER, Greice Patrícia. O Meio Ambiente Hospitalar em face da Dignidade da Pessoa humana no Direito Ambiental Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, abr./jun. 2011.
- _____. O direito criminal difuso, a dignidade da pessoa humana e a mídia na Sociedade da Informação. *In: Anais do VII Congresso Brasileiro da Sociedade da Informação*. São Paulo, v. 7, nov. 2014.
- LISBOA, Roberto Senise. **Direito na Sociedade da Informação**. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.
- _____. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.
- NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PAESANI, Líliliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.
- SILVA, Marco Antonio Marques. O Processo como Efetivação da Dignidade Humana. *In: Direito Constitucional Contemporâneo. Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.
- SOLINAS, Carla. Tutela de la persona y tratamiento de los datos personales. Derecho interno y jurisprudencia del Tribunal Europeo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. *In: LLÁCER MATÁCAS, María Rosa (Coord.). Protección de datos personales en la sociedad de la información y la vigilancia*. Madrid: La Ley, 2011.

Referências Eletrônicas:

- BRASIL. **Lei 12.965 de 23.04.2014 (Marco Civil da Internet)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 12 jun. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 660.861/MG**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3058915>>. Acesso em: 04 jul. 2015
- CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 8. ed. Disponível em: <https://doc-0k-a0-apps-viewer.googleusercontent.com/viewer/secure/pdf/3nb9bdfcv3e2h2k1cmql0ee9cvc5l0le/2mk9btf1cc8hiboa34g146tupbo5dog4/1435328700000/drive/*/ACFrOgAUUgXttSLICF5dovlamwpEAaw_VVWX5wxnm3nrZLSpzjLg8Eb8xmVjJNC-ts0ddDP6pwm64qeGeKmkHsYXb5eTwg_t2jr_dIG3w9Louu0ED32dAxMys85TQ=?print=true>. Acesso em: 25 jun. 2015.
- CORREA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. 5. ed. Saraiva, 2010. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502112537/page/26>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d585485bc5ed1a4a0698fdbcaf380e2b01.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNb3z0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=262988>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

<<http://internethalloffame.org/inductees/vint-cerf/>>. Acesso em: 10 maio 2015.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2179170&ad=s#48%20-%20Manifesta%E7%E3o%20da%20PGR%20-%20Pe%E7a%20recebida%20pelo%20webservice%20Integradorws.>> Acesso em: 27 jun. 2015

<<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2876>>. Acesso em: 01 maio 2015.

<<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/11/1553088-internet-ja-tem-quase-3-bilhoes-de-usuarios-no-mundo-diz-onu.shtml>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

<<https://www.google.com/intl/pt-BR/policies/terms/>>. Acesso em: 27 jun. 2015.

<<http://www.intervozes.org.br/direitoacomunicacao/?p=20780>>. Acesso em: 10 maio 2015.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 27 jun. 2015.