

O “MARCO CIVIL DA INTERNET”: UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19

“MARCO CIVIL INTERNET”: AN ANALYSIS OF ARTICLE 19 CONSTITUTIONALITY

*Patrícia Heloisa de Carvalho**

RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar aspectos constitucionais do artigo 19 da Lei n. 12.965/2014, denominada Marco Civil da internet, que surgiu para regularizar as relações estabelecidas por meio da *web*, que, até então, não possuíam normatização específica. Ocorre que o artigo 19 da referida Lei, ao estabelecer a responsabilidade civil dos provedores de aplicações da internet, optou por elevar a alto patamar o direito fundamental à liberdade de expressão em detrimento dos direitos fundamentais à privacidade, intimidade e proteção ao consumidor, considerando que, com a novel legislação, os usuários que se sentirem lesados por conteúdos publicados na *web* devem procurar o Poder Judiciário para resguardarem seus direitos, não sendo possível resolver a situação na esfera administrativa, o que impossibilita a obtenção de uma resposta célere. Ademais, percebe-se uma situação de verdadeiro retrocesso na tutela dos direitos fundamentais, considerando que não se pode admitir que uma lei infraconstitucional que privilegie a liberdade de expressão e pensamento seja omissa em relação ao anonimato e não contemple a dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional que deve balizar toda e qualquer atuação legislativa. Dessa forma, verifica-se que o artigo 19 da lei em estudo apresenta questões incompatíveis com a Constituição Federal, o que o torna materialmente inconstitucional, aguardando-se, pelos motivos elencados, a proclamação de sua inconstitucionalidade pela Corte Suprema.

Palavras-chave: Marco Civil da internet; Direitos fundamentais; Proporcionalidade; Inconstitucionalidade.

* Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp e Especialista em Tecnologias, Formação de Professores e Sociedade pela Universidade Federal de Itajubá. phcdireito@gmail.com patricia.carvalho@tjmg.jus.br.

ABSTRACT

This study aims to examine the constitutional aspects of Article 19 of Law 12.965/2014, called Marco Civil internet, which appeared to regularize the relationships established through the web, which, until then, had no specific regulation. The Article 19 of the said Act, to establish the liability of internet applications providers, chose to raise the high level the fundamental right to freedom of expression at the expense of the fundamental rights to privacy and consumer protection, whereas with a novel legislation, users who feel wronged by the content published on the web should seek the Judiciary for protecting their rights, not being able to resolve the situation at the administrative level, making it impossible to obtain a rapid response. Moreover, you can see real setback situation in the protection of fundamental rights, given that it is unacceptable that an infraconstitutional law that favors freedom of expression and thought is silent with regard to anonymity and does not address the human dignity, constitutional basis which should mark out any legislative action. Thus, it appears that Article 19 of the Law on study presents issues incompatible with the Federal Constitution, which makes it materially unconstitutional pending, for the reasons explained, the declaration of unconstitutionality by the Supreme Court.

Keywords: Marco Civil internet; Fundamental rights; Proportionality; Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar um dos aspectos constitucionais da Lei n. 12.965/2014, denominada Marco Civil da internet, tendo como ponto fulcral o seu artigo 19, que trata da responsabilização dos provedores de aplicações da internet.

A referida Lei foi o resultado de constantes discussões entre a sociedade civil organizada e os poderes legislativo e executivo, que tinham como objetivo traçar normas que garantissem o melhor acesso de toda a população à rede mundial de computadores, de modo que fossem delimitadas questões jurídicas que até então não possuíam qualquer regulamentação.

Uma das funções do Marco Civil brasileiro foi gerar segurança jurídica, de modo a oferecer normatização específica ao Poder Judiciário para resolução de questões que envolvam internet e tecnologia da informação, de modo a se evitar decisões contraditórias sobre temas que envolvam o mesmo assunto.¹

O resultado de todas essas discussões chegou ao Congresso Nacional no ano de 2011, de forma inédita. O projeto de Lei, apresentado pelo Poder Executivo, recebeu o número 2.126/2011, transformando-se em Lei Ordinária em 23 de abril

¹ JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. *Marco Civil da internet: comentários à Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 18.

de 2014, sob o n. 12.965/2014, passando a ser denominada como verdadeira *Constituição* da internet.²

Ocorre que, após a promulgação da Lei n. 12.965/2014, muitas questões estão sendo abordadas no que se refere a possíveis incompatibilidades constitucionais que referida legislação apresenta em seu texto.

Todavia, não cabe a este estudo abordar tema de tamanho porte, considerando tratar-se de uma lei ampla, que analisa diferentes assuntos e com enfoques distintos. Assim, pretende-se, neste ensaio, refletir acerca da responsabilidade civil dos provedores de conteúdo da internet, que está regulamentada no artigo 19 do referido Marco Civil, focando-se em sua incompatibilidade constitucional, quando coloca em conflito o Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e os Direitos Fundamentais à Privacidade, à Intimidade e da Proteção ao Consumidor, delineados nos artigos 5º, IV, X e XXXII, da Constituição da República.

Buscar-se-á verificar se a natureza jurídica da responsabilidade civil, delineada no artigo 19 da Lei em comento, está em consonância com os demais princípios constitucionais envolvidos, analisando se esses princípios estão devidamente resguardados, uma vez que não se pode admitir qualquer tipo de retrocesso no tratamento dos direitos fundamentais, objetivando-se garantir, em primeiro plano, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

O ARTIGO 19 DA LEI N. 12.965/2014 E A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DA INTERNET

Anteriormente à promulgação da Lei n. 12.965/2014, a questão da responsabilidade dos provedores de internet, sejam eles de conteúdo e aplicações ou de conexão, era demasiado discutida pelos doutrinadores e juristas, uma vez que não havia qualquer normatização específica que pudesse nortear a jurisprudência pátria.

Para melhor compreensão do assunto é preciso delinear as características de cada tipo de provedor, para que, então, seja analisada a responsabilidade jurídica de cada um deles.

Segundo Vancim e Matioli,³ o provedor pode ser entendido sob três ângulos distintos no que se refere à determinação de sua responsabilidade, na medida em que cada ângulo de atuação envolve um grau de participação diferente no eventual dano causado à vítima.

O primeiro “ângulo” é o mais popular entre os usuários. Trata-se do provedor que tem a função de prover o acesso dos usuários à internet, proporcionando-lhes,

² VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. *Marco Civil da internet: anotações à Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2015, p. 21.

³ VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jeferson Luiz. *Direito & internet: contrato eletrônico e responsabilidade civil na web*. Franca: Lemos & Cruz, 2014, p. 177.

por meio de equipamentos específicos, a conexão dos computadores que utilizam seus serviços à rede mundial de computadores. Já o segundo e terceiro “ângulos” englobam os provedores que possuem a função de *host* de *websites* criados por terceiros ou por si próprio. São os chamados provedores de conteúdo, que são responsáveis pelo armazenamento desses *websites* que se filiam ao referido provedor.⁴

O Marco Civil da internet trouxe, em artigos diferenciados, a regulamentação da responsabilidade de cada um dos tipos de provedores. Em seu artigo 18 vê-se que: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”,⁵ afastando-se, de imediato, qualquer tipo de responsabilização dos provedores de conexão no que diz respeito a conteúdo danoso que provenha de terceiros.

Em outra via, a responsabilidade do provedor de aplicações ou conteúdo é fixada no artigo 19 da novel legislação, nos seguintes termos:

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.

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

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

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que

⁴ VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jeferson Luiz. *Direito & internet: contrato eletrônico e responsabilidade civil na web*, p. 177.

⁵ BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 de abril de 2014. Brasília: Senado Federal, 2014.

presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.⁶

Com a nova regulamentação é afastada a responsabilidade irrestrita dos provedores de aplicações, considerando que eles só serão responsabilizados se não cumprirem a condição determinada pela lei, qual seja, retirar da *web* o conteúdo ilícito gerado por terceiros após ordem judicial específica.

Nesse ponto, buscou o legislador elevar o direito fundamental à liberdade de expressão, considerando que não será retirado o conteúdo veiculado pela simples denúncia ao provedor, sendo necessária ordem judicial específica, sem a qual não poderá ser indisponibilizado qualquer conteúdo em prol de usuários que se sintam lesados com determinada publicação, salvo disposições legais em contrário.

Ademais, além da obrigatoriedade de cumprir a ordem judicial, a fim de se resguardar de qualquer responsabilidade, os provedores de aplicações deverão prestar todas as informações necessárias para identificação dos usuários transgressores, sendo que os registros de acesso a aplicações de internet deverão ser guardados sob sigilo pelo prazo de seis meses, sob pena de responderem civilmente pelas perdas e danos causados, conforme o artigo 15 da lei em comento.

Assim, verifica-se que a responsabilidade dos provedores de aplicações só será do tipo objetiva⁷ quando o ato ilícito originar-se do próprio provedor, sendo necessário à vítima provar, tão somente, a autoria e o dano para obter êxito na ação reparatória. Nesse caso, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o usuário pode ser considerado consumidor e o referido provedor cumpre seu papel de fornecedor de serviços, devendo prestar indenização todas as vezes em que, nessa posição, causar danos ao usuário, ratificada tal posição pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor

⁶ BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 de abril de 2014. Brasília: Senado Federal, 2014.

⁷ A responsabilidade objetiva tem como fundamento, não o elemento subjetivo, culpabilidade, mas o elemento objetivo, dano. Para ela, basta haver dano, para que sobrevenha o dever de reparar. Explica-se esta teoria pelo alto risco de determinadas atividades e pela impossibilidade prática de se provar a culpabilidade, em certas circunstâncias. É aplicada, excepcionalmente, em virtude de disposição expressa de lei (FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009).

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 (...).⁸

Todavia, quando o ato ilícito for gerado por terceiros, a responsabilidade do provedor de aplicações deixa de ser do tipo objetiva e passa a ser subjetiva,⁹ ou seja, para sua responsabilização deverá ser comprovado que agiu com dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ao deixar de retirar da *web* o conteúdo ilícito, após ordem judicial específica.

Há que se registrar que essa é a regra geral, havendo exceções como a encontrada na letra do artigo 21 do Marco Civil, em que, caso o provedor de aplicações não indisponibilize publicações de imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, sem autorização dos envolvidos, após ser notificado pelo usuário, poderá responder de forma direta pelo ilícito.

A forma escolhida pelo legislador para delinear a responsabilidade civil dos provedores de aplicações não tem sido aceita de forma pacífica, havendo críticas no que se refere à ênfase dada ao princípio da liberdade de expressão em detrimento dos direitos de personalidade e princípios da dignidade da pessoa humana, privacidade e proteção ao consumidor.

Sobre o assunto, Cavalcanti¹⁰ ensina que:

O princípio internacional ‘pro homine’ garante ao ser humano a aplicação da norma que, no caso concreto, melhor o proteja, levando em conta a força expansiva dos direitos humanos, o respeito do conteúdo essencial destes direitos e a ponderação de bens e valores. Nessa ordem de ideias, os direitos do consumidor e os direitos da personalidade devem prevalecer sobre os interesses capitalistas dos provedores de aplicação de internet que somente são robustecidos com o artigo 19 do Marco Civil, pois não terão o menor interesse em atuar repressivamente sobre o conteúdo que hospedam e, por via de consequência, desperdiçar recursos humanos e técnicos para tal desiderato.

Para muitos juristas, o Marco Civil da internet, em seu artigo 19, inaugura discussão que, até então, já estava pacificada pela Jurisprudência Pátria, que já

⁸ BRASIL. Recurso Especial n. 1.323.754/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, Terceira Turma, Acórdão de 28 ago. 2012.

⁹ A teoria subjetiva parte do elemento subjetivo culpabilidade para fundamentar o dever de reparar. Assim, só seria responsável pela reparação do dano aquele cuja conduta se provasse culpável. Não havendo culpa ou dolo, não há falar em indenização. Na ação reparatoria devem estar provados pela vítima a autoria, a culpabilidade, o dano e o nexos causal (FIÚZA, César. *Direito civil*).

¹⁰ CAVALCANTI, Roberto Flávio. A inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da internet. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4.047, 31 jul. 2014, p. 5.

havia se posicionado majoritariamente no sentido de que os provedores de aplicações deveriam indisponibilizar o conteúdo ilícito a partir do momento em que tomassem ciência dos fatos. Contudo, após a promulgação da Lei em estudo, tal postura não deve mais ser adotada, haja vista que o Marco Civil demanda a necessária judicialização do conflito de interesses, devendo o usuário que se sentiu prejudicado por determinada publicação buscar o Judiciário e aguardar uma resposta jurisdicional, o que pode ser considerado um retrocesso no que tange à tutela dos direitos humanos, como se verá adiante.

OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

O estudo dos direitos humanos fundamentais abrange, no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos individuais, políticos, sociais e econômicos, que estão envoltos à Constituição Federal e às normas infraconstitucionais. Fato é que o reconhecimento desses direitos de maneira explícita pode ser verificado, primariamente, nas diversas Declarações de Direitos do Homem, proferidas ao longo do século XVIII.

Percebe-se, na doutrina constitucionalista, acirrada discussão acerca da nomenclatura que melhor expressa esses direitos inerentes aos seres humanos, tratando-os ora como direitos humanos, ora como direitos fundamentais. Há, ainda, aqueles que consideram tratar-se de entes diversos, embora sejam, de certa forma, complementares.

De acordo com Sarlet,¹¹ os direitos humanos carecem de certa fundamentalidade, esta que é própria dos direitos fundamentais. Para o autor:

Importa deixar esclarecido o sentido que atribuímos às expressões “Direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais) e “direitos fundamentais”, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas sim de dimensões íntimas e cada vez mais interrelacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positividade, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas. À luz das digressões tecidas, cumpre repisar, que se torna difícil sustentar que direitos humanos e direitos fundamentais (pelo menos no que diz com a sua fundamentação jurídico-positiva constitucional ou internacional, já que evidentes as diferenças apontadas) sejam a mesma coisa, a não ser, é claro, que se parta de um acordo semântico (de que direitos humanos e fundamentais são expressões sinônimas), com as

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 35.

devidas distinções, em se tratando da dimensão internacional e nacional, quando e se for o caso. Os direitos fundamentais, convém repetir, nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados (...).

Vê-se que os direitos humanos são aqueles que nascem da própria condição humana do ser, ou seja, serão eles os mesmos em todos os locais em que houver seres dotados dessa condição. Trata-se de direitos primários, os quais não se pode, com exatidão, esclarecer quando e como surgiram.

Porém, os direitos fundamentais são aqueles que, embora coincidam muitas vezes com os direitos humanos, como é o caso do direito à vida, à liberdade, dentre outros, são os que foram positivados em determinada Constituição. São direitos essenciais a determinados povos, desde que previstos formalmente, portanto.

Ainda que não haja, para muitos autores, uma dependência e identidade lógica entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, é importante frisar que há uma complementaridade entre ambas as categorias, tendo em vista que a maior parte dos direitos fundamentais trata de direitos humanos consagrados na doutrina jusnaturalista, que foram posteriormente positivados nas Constituições, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.

Com essa definição é possível inferir que os direitos fundamentais têm natureza de normas constitucionais, tendo assumido, desde o processo de constitucionalização, o caráter de normas positivas constitucionais, situações jurídicas objetivas e subjetivas definidas no direito positivo em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.¹²

As principais características dos direitos fundamentais, segundo Silva,¹³ são:

Historicidade. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas; *Inalienabilidade.* São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis; *Imprescritibilidade.* O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 179.

¹³ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 181.

exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição; *Irrenunciabilidade*. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados (grifos nossos).

O mesmo autor explica que na acepção jusnaturalista, os direitos fundamentais do homem eram caracterizados também como absolutos ou imutáveis. Todavia, explica o estudioso que se eles forem considerados como entes dotados de caráter histórico, não é possível atribuir-lhes a imutabilidade, considerando sua capacidade de se modificar de acordo com os acontecimentos históricos.

O que se percebe é que as normas fundamentais constantes na Constituição brasileira podem, sob certa ótica, ser consideradas como absolutas e imutáveis, quando analisadas sob seu aspecto de cláusula pétrea, de acordo com o artigo 60, § 4º, da referida Carta, situando-se no patamar máximo da hierarquia jurídica e não podendo ser restringidas pelo legislador constituinte derivado.¹⁴

Assim, embora possa ele ampliar o rol desses direitos, não lhe é permitido abolir as liberdades fundamentais que estão definidas na Constituição, por expressa vedação legal.

No entanto, é possível a descaracterização dos direitos fundamentais como direitos absolutos, quando considerados como normas que podem ser limitadas por outros direitos de igual quilate. Ora, é possível que as liberdades fundamentais de ordem constitucional¹⁵ sejam restringidas por outras normas da própria legislação Magna, nas situações em que haja conflitos entre elas, o que será solucionado através da técnica da ponderação, na qual será utilizado o princípio constitucional da proporcionalidade, conforme será abordado adiante.

Esse é o paradoxo da legislação em análise, considerando que o artigo 19 da Lei do Marco Civil, ao não responsabilizar diretamente os provedores de aplicações da internet, restringe os direitos do consumidor-vítima, que não terá assegurado, de forma rápida e abrangente, os seus direitos humanos fundamentais,

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 240.

¹⁵ É importante que se compreenda que os direitos fundamentais não estão todos contidos na Constituição, ou seja, não são todos formalmente constitucionais, haja vista que por força do artigo 5º, § 2º, da própria Constituição é possível que existam outras normas que tratem de direitos fundamentais e estejam fora do texto constitucional, em tratados ou convenções internacionais. Quando se fala em norma constitucional, é necessário que se refira a todas aquelas que versem sobre direitos fundamentais, estejam elas expressamente no conjunto das normas constituições ou sejam elas normas esparsas.

tais como a intimidade e privacidade, tudo isso para, em contrapartida, elevar o direito fundamental à liberdade de expressão como de maior valia, o que caracteriza situação de retrocesso no tratamento dos direitos humanos fundamentais, possibilidade que se mostra em contrassenso à tendência garantista assumida pela Carta Magna de 1988.

A noção de proibição ao retrocesso deve ser tomada em sentido amplo, levando em conta os direitos humanos fundamentais em sua percepção mais abrangente, sejam eles de primeira, segunda ou terceira geração. Sabe-se que a proibição do retrocesso está intimamente ligada às noções de segurança jurídica e dignidade da pessoa humana, como bem observa Sarlet:¹⁶

Assim, como princípio implícito que é – já que não foi expressamente consagrada com este rótulo nas constituições – a proibição de retrocesso se encontra referida ao sistema constitucional como um todo, incluindo (mediante referência à noção de um bloco de constitucionalidade em sentido amplo) o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como bem atesta o dever de progressividade na promoção dos direitos sociais e a correlata proibição de regressividade.

Desse modo, observa-se que o legislador infraconstitucional deverá respeitar determinados limites por ocasião da edição das espécies normativas, considerando que devem ser levados em consideração tanto os princípios constitucionais explícitos quanto os implícitos, de forma a não retroagir no tratamento dado aos direitos fundamentais, sob pena de se ver nascer uma lei inconstitucional que, cedo ou tarde, terá sua eficácia aniquilada pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso em comento, o que se verifica é que, ao elevar a importância do direito à liberdade de expressão, o legislador infraconstitucional peca por restringir deliberadamente a essência de outros direitos fundamentais, quais sejam, à privacidade, intimidade e proteção ao consumidor, fazendo com que haja verdadeiro retrocesso às garantias aos direitos humanos que já foram conquistadas até aqui.

Ademais, embora o artigo 19 expresse que essa “proteção” aos provedores de aplicações de internet tenha sido pensada com o “intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, percebe-se que há verdadeira disparidade na atribuição de valores a ambos os princípios constitucionais, pois a liberdade de expressão não pode ser preservada de forma indiscriminada, a ponto de se inadmitir a responsabilidade direta dos provedores, que têm a possibilidade de se manter inertes, mesmo em situações de grave ataque aos direitos de personalidade do consumidor-vítima.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 15.

COLISÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O artigo 19 do Marco Civil da internet, como já visto, trouxe em seu bojo discussão acerca da responsabilidade civil dos provedores de aplicações da internet, que, após ser regulamentada na novel legislação, apontou situação de colisão entre direitos fundamentais. De um lado, encontra-se o princípio da liberdade de expressão, em que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”,¹⁷ conforme artigo 5º, IV, da Constituição da República.

O mesmo artigo constitucional, que elenca de forma exemplificativa os direitos fundamentais protegidos pelo Estado Brasileiro, dispensa igual proteção a outros direitos, tais como à privacidade e à proteção do consumidor, constando em seus incisos X e XXXII, respectivamente, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” e “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.¹⁸

No que se refere aos conflitos existentes entre direitos fundamentais, é o princípio da proporcionalidade grande responsável pela identificação das possíveis inconstitucionalidades que permeiam o ordenamento jurídico. É pelo uso da técnica de ponderação e de uma interpretação calcada no que dispõe o referido princípio que o jurista poderá avaliar o caso concreto e aplicar a lei de forma lúcida e equânime.

Barroso¹⁹ ensina que:

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é um instrumento valioso de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação de excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto.

Tradicionalmente, a doutrina divide os elementos do princípio em estudo em três. Paulo Bonavides²⁰ os trata como subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Dessa maneira, para que haja uma perfeita aplicação da razoabilidade, é necessário que a solução em questão seja adequada, ou seja, é preciso que haja a adequação do meio ao fim que se deseja alcançar. Da mesma maneira, é preciso que haja necessidade, de forma que a medida utilizada não exceda os limites indispensáveis à conservação do fim almejado e, por fim, há que se demonstrar ser proporcional em sentido estrito, devendo ser eleita a solução mais equilibrada e compatível com a realidade dos fatos.

Marini²¹ relata que a “adequação é também conhecida como aptidão ou pertinência e exige uma conexão lógica entre meio e fim”. Verifica-se que deve haver certa coerência entre o direito fundamental que vai sofrer a limitação e a finalidade que a norma deseja alcançar. As medidas adotadas devem se mostrar aptas à obtenção do objetivo pretendido, de modo que é vedado ao Poder Público adotar limitações de caráter inútil, descabido ou irreal, que não tenham pertinência com os fins almejados.

O segundo elemento, denominado por necessidade, requer que haja o menor sacrifício possível de uma norma fundamental para que se possa atingir a finalidade desejada. Para Marini,²² se há diversas maneiras de se obter um determinado fim, deve-se escolher a que cause menor sacrifício aos direitos fundamentais do cidadão. A medida utilizada não deve, em nenhuma hipótese, exceder aos fins que se quer alcançar, devendo mostrar-se a menos nociva possível.

Por fim, quanto ao terceiro elemento constitutivo do princípio em estudo, tem-se a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse caso, busca-se obter a solução mais equilibrada ao caso concreto, ou seja, aquela que conseguirá demonstrar-se mais benéfica do que maléfica. É de extrema importância a observância dos três elementos explanados, principalmente este último, considerando que a limitação de um direito fundamental de forma desproporcional pode causar malefícios irreparáveis ao cidadão e à coletividade.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 396.

²¹ MARINI, Bruno. O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.376, 8 abr. 2007, p. 1.

²² O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo, p. 2.

No caso em estudo, verifica-se que a Lei do Marco Civil eleva a alto patamar o princípio da liberdade de expressão, de modo que os provedores de aplicações de internet não devem indisponibilizar qualquer conteúdo denunciado, até que seja proferida ordem judicial em sentido contrário.

Com isso, percebe-se verdadeira afronta à intimidade, à privacidade e à dignidade da pessoa humana, já que, caso ocorra o ilícito, a vítima não tem mais a possibilidade de solucionar o problema administrativamente, denunciando o conteúdo ao provedor. No caso, terá ela de buscar o Judiciário para, só após o trânsito em julgado da decisão, ou ao menos, após o deferimento de um pedido liminar, ter seus direitos fundamentais preservados, passando, assim, por inevitáveis constrangimentos e danos a sua moral.

Conforme ensina Vainzof:²³

Por mais que esteja prevista a possibilidade das vítimas em procurarem os Juizados Especiais para resolução de tais casos e os magistrados anteciparem a tutela, certamente: (i) as vítimas serão penalizadas, pois, sem o Marco Civil, elas simplesmente denunciam os ilícitos com um clique na página, e agora terão que propor uma medida judicial; (ii) o tempo de remoção do conteúdo ilícito exteriorizado ao mundo por meio do provedor, até a obtenção da ordem judicial, será muito maior, o que agravará exponencialmente o dano; (iii) o Poder Judiciário, já inflado, receberá tais demandas que hoje em dia deveriam ser resolvidas mediante autorregulamentação pelos provedores de aplicações, que lucram financeiramente de acordo com o sucesso de suas funcionalidades e quantidades de usuários.

Como já visto, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto, uma vez que em ocasiões como essa, em que há colisão entre princípios, deve-se relativizar os valores colocados em pauta, para que seja elevado o princípio que melhor se adequar ao caso concreto. Todavia, é preciso frisar que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, funciona como um vetor para a tomada de decisões.²⁴

Dessa forma, ao privilegiar o direito fundamental da liberdade de expressão, fazendo recuar diversos outros direitos humanos fundamentais e, de forma mais grave, desfigurando o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana,

²³ VAINZOF, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Marco Civil da internet*: Lei n. 12.965/2014. São Paulo: RT, 2014, p. 200.

²⁴ FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no Marco Civil da internet. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Marco Civil da internet*: Lei n. 12.965/2014. São Paulo: RT, 2014, p. 31.

constata-se flagrante situação de inconstitucionalidade material da norma em estudo, não sendo viável a aplicação do artigo 19 da Lei n. 12.965/2014, em virtude de sua total incompatibilidade com os preceitos constitucionais vigentes.

Assim, o que se percebe é que elevar o direito à liberdade de expressão em detrimento dos direitos fundamentais à privacidade, intimidade e proteção ao consumidor viola o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que ao se sopesar os valores em comento, vê-se que os danos causados pela retirada da informação ilícita da *web* serão menores do que a permanência da informação na internet, que, sendo realmente transgressiva, irá expor a constrangimentos desnecessários o usuário-vítima.

Ademais, verifica-se que o legislador, ao editar o artigo 19 da lei em estudo, trouxe dúvidas a uma questão que já estava jurisprudencialmente resolvida, já que os tribunais já aplicavam o princípio da proporcionalidade para dirimir a referida colisão de princípios constitucionais e, ao final, concluíam pela retirada imediata do conteúdo ofensivo exposto na internet, como se vê:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. REDES SOCIAIS. MENSAGEM OFENSIVA. CIÊNCIA PELO PROVEDOR. REMOÇÃO. PRAZO.

1. A velocidade com que as informações circulam no meio virtual torna indisponível que medidas tendentes a coibir a divulgação de conteúdos depreciativos e aviltantes sejam adotadas célere e enfaticamente, de sorte a potencialmente reduzir a disseminação do insulto, minimizando os nefastos efeitos inerentes a dados dessa natureza.
2. Uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.
3. Nesse prazo de 24 horas, não está o provedor obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo a que, confirmando-as definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso.²⁵

Além disso, ao regulamentar a responsabilidade civil dos provedores de aplicações da forma exposta no artigo 19 da lei em questão, o legislador optou por judicializar conflitos que, até então, estavam sendo resolvidos na esfera administrativa entre provedor e usuário e que, a partir de agora, irão intensificar o caos instalado no Poder Judiciário que, assoberbado com um número monumental de processos em andamento, mostra-se cada vez mais moroso em sua prestação jurisdicional.

²⁵ BRASIL. Recurso Especial n. 1323754/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, Terceira Turma, Acórdão de 28 ago. 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, vê-se que a Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da internet, surgiu com o objetivo de regulamentar o uso da internet no Brasil, fazendo com que, a partir de sua vigência, os aplicadores do direito e principalmente os julgadores possam utilizá-la como norte nas decisões que envolvam a rede mundial de computadores e seus usuários.

Trata-se de grande avanço na legislação brasileira que abre espaço para discussões sobre temas contemporâneos normatizando o “mundo virtual”, que faz parte da realidade da maioria dos cidadãos e através do qual são tecidas relações humanas de todas as espécies.

Todavia, questões como a forma com que a responsabilidade civil dos provedores de aplicações foi tratada e o embate entre os princípios constitucionais envolvidos demonstram que o artigo 19 da Lei em estudo padece do vício de inconstitucionalidade material, considerando que o direito à liberdade de expressão foi elevado ao mais alto patamar em detrimento de diversos outros direitos fundamentais, desconsiderando até mesmo o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Fato é que não se pode admitir que uma lei infraconstitucional que privilegie a liberdade de expressão e pensamento seja omissa em relação ao anonimato e não contemple a dignidade da pessoa humana, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento jurídico constitucional vigente.²⁶

Para solucionar essa celeuma, até que o Supremo Tribunal Federal manifeste-se acerca do tema, os casos concretos devem ser interpretados em conformidade com o “espírito” da Constituição Federal, de modo que os direitos fundamentais envolvidos sejam devidamente sopesados e ponderados, fazendo prevalecer no caso concreto aquele de maior valor, devendo vigor a solução que se mostre mais adequada, necessária e proporcional ao caso.

Ademais, judicializar um conflito que, até então, sempre foi resolvido na esfera administrativa entre usuário e provedor, só traz prejuízos às partes envolvidas, que passam a ser obrigadas a buscar um provimento jurisdicional que, a depender da situação atual por que passa o Judiciário, será lento e, muitas vezes, ineficaz.

Some-se a essa situação o verdadeiro retrocesso verificado na tutela dos direitos fundamentais, em especial àqueles que dizem respeito à personalidade. Não há dúvidas de que os prejuízos que uma publicação ilícita causa em exposição na *web* são muito maiores do que sua retirada de forma cautelar, visando resguardar os direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à proteção do consumidor.

²⁶ BRASIL. Habeas Corpus n. 85988/PA. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, Acórdão de 07 jun. 2005. *DJe* 10 jun. 2005.

Tanto é que a grande maioria das decisões judiciais anteriores à vigência do Marco Civil são no sentido de se retirar imediatamente o conteúdo supostamente ilícito, devendo ser o provedor devidamente responsabilizado caso não o faça, conforme julgados analisados neste estudo.

No presente caso, não é sensato aplaudir a forma com que o legislador delimitou a responsabilidade dos provedores de aplicações de internet, uma vez que esses fornecedores de serviços informáticos poderão, a partir de agora, manter-se inertes diante de situações graves de danos aos usuários e ameaças aos direitos fundamentais inerentes à personalidade. Tudo isso em nome da relevância dada pelo legislador ao direito à liberdade de expressão, que, embora seja garantia fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito, não pode ser visto como um direito absoluto, ainda mais em contextos em que esteja em conflito com a dignidade da pessoa humana, fundamento central do sistema jurídico, que deve balizar toda e qualquer atuação legislativa.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 de abril de 2014. Brasília: Senado Federal, 2014.
- BRASIL. *Habeas Corpus* n. 85.988/PA. Rel. Min. Celso de Melo. Brasília, Acórdão de 07 jun. 2005. *DJe* 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13/11/2014.
- BRASIL. Recurso Especial n. 1.316.921/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, Terceira Turma, Acórdão de 26 jun. 2012. *DJe* 29 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13/11/2014.
- BRASIL. Recurso Especial n. 1.323.754/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, Terceira Turma, Acórdão de 28 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13/11/2014.
- CAVALCANTI, Roberto Flávio. A inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da internet. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4.047, 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30560>>. Acesso em: 11/09/2014.
- FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no Marco Civil da internet. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Marco Civil da internet: Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: RT, 2014.
- JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. *Marco Civil da internet: comentários à Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINI, Bruno. O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.376, 8 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9708>>. Acesso em: 05/04/2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão*. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_01_00769_00820.pdf>. Acesso em: 01/10/2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VAINZOF, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Marco Civil da internet: Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: RT, 2014.

VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jeferson Luiz. *Direito & internet: contrato eletrônico e responsabilidade civil na web*. Franca: Lemos & Cruz, 2014.

VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. *Marco Civil da internet: anotações à Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2015.

Data de recebimento: 11/08/2016

Data de aprovação: 18/10/2016