

INDENIZATÓRIA. INTERNET. FACEBOOK.

PROCESSO N° 0372100-86.2011.8.19.0001

SENTENÇA

TARIK DIAS HAMDAN, menor representado por seus genitores, *Marcello Augusto Hamdan Ribeiro e Susana Neris Dias*, ajuíza ação em face de **FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA** alegando, em síntese, que em 13/01/2011 descobriu que fora criado um perfil falso, com sua foto e o nome de “Tarik Sapir Dias Hammdan”, na rede social mantida pela empresa ré na rede mundial de computadores, o que lhe causa danos e constrangimentos perante seus amigos, em razão dos comentários difamatórios e ofensivos supostamente realizados em seu nome. Apesar das várias tentativas de denunciar o abuso, não logrou êxito em ver excluído o referido perfil, pelo que requer antecipadamente seja o réu compelido a fazê-lo, bem como a informar o “IP” de sua autoria. Ao final, requer reparação por danos morais em valor a ser arbitrado pelo Juízo.

Antecipados os efeitos da tutela às fls. 44-46.

Contra essa decisão, o réu interpôs agravo retido às fls. 76-81.

Contestação às fls. 82-102. Preliminarmente, alega sua ilegitimidade passiva. No mérito, em suma, diz que é tecnicamente impossível monitorar, controlar e bloquear previamente a inserção de conteúdos, mas que são disponibilizados mecanismos eficazes de denúncia dos eventuais abusos cometidos.

Réplica, às fls. 143-156.

Contrarrazões ao agravo retido às fls. 157-164

Decisão saneadora de fls. 241 rejeitou a preliminar e deferiu a produção da prova testemunhal, cuja desistência foi manifestada por ocasião da audiência de instrução e julgamento (fl. 243).

Promoção do Ministério Público às fls. 262-269, pela procedência do pedido.

Passo a decidir.

O artigo 3º da Lei nº 12.965/2014 inicia o elenco de princípios que regem a disciplina do uso da internet no Brasil pela (a) garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento e (b) proteção da privacidade. Mais adiante, o artigo oitavo coloca a garantia de tais direitos como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

O confronto teórico entre as liberdades de expressão em sentido genérico (incluindo, aí, as liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica intelectual e comunicacional) e os direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada vem, há muito, ocupando o cenário de debates jurídicos, com significativo relevo no episódio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130/DF, em 30/04/2009, que declarou como não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 todo conjunto de dispositivos da Lei Federal nº 5.250, de 09/02/1967 (Lei de Imprensa).

Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal assentou diretrizes hermenêuticas para o enfrentamento de questões envolvendo o aparente conflito de tais direitos, estabelecendo que a garantia das liberdades preceda os direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada, os quais atuam a **posteriori** e cuja violação configura eventual abuso e responsabilidade, a justificar uma indenização.

Com efeito, fez-se constar na ementa, aqui grifada:

PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA.

[.....]

4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS.

O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da

personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

(ADPF 130; Relator Min. CARLOS BRITTO; Tribunal Pleno; julgado em 30/04/2009; DJe-208, divulgado em 05-11-2009, publicado em 06-11-2009; EMENT VOL-02381-01 PP-00001; RTJ VOL-00213- PP-00020)

A Lei nº 12.965/2014 promove o enfrentamento entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade a partir de seu artigo 18, quando cuida *Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros*.

Comete, ali, um de seus maiores equívocos.

Os artigos 18 e 19 cuidam, respectivamente, da responsabilidade do provedor de conexão à internet e do provedor de aplicações da internet. Diz que o primeiro não responde por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. O segundo, por sua vez, só responderá 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.

Soa razoável o conteúdo do primeiro artigo em comento. Realmente, não se vislumbra nexos causal entre o serviço de conexão à internet e eventual dano proveniente da exposição de conteúdo de seus inúmeros sítios.

Quanto ao provedor de aplicações de internet (artigo 19), porém, tenho que a Lei nº 12.965/2014 apresenta vício de inconstitucionalidade por delimitar o princípio da **restitutio in integrum**, previsto no artigo 5º, V, da Constituição Federal de 1988, ao condicionar a responsabilidade à ordem judicial prévia.

Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sempre admitiu que bastaria a notificação extrajudicial visando a retirada de conteúdo lesivo gerado por terceiro para que a inércia do provedor de conteúdo caracterizasse uma conduta omissiva ilícita, justificando a reparação por danos morais. Isto porque, apesar de o provedor de aplicações ter o controle para a retirada do conteúdo ofensivo, não seria inerente à sua atividade a fiscalização prévia do teor das informações prestadas na rede. Assim, somente quando houvesse inequívoca ciência do conteúdo lesivo surgiria o dever de retirá-lo e, para tanto, basta uma notificação extrajudicial, informal que fosse.

Neste sentido:

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.

1. Ação ajuizada em 26.02.2008. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 14.08.2012.

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 nº 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.

(REsp 1338214/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2013, DJe 02/12/2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROVEDOR DE CONTEÚDO DA INTERNET. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OMISSÃO. SÚMULA N. 7/STJ.

1. O provedores de conteúdo da internet não se submetem ao art. 927 do CC/2002, que trata da responsabilidade objetiva, pois a inserção de mensagens com conteúdo ofensivo no site não constitui um risco inerente à atividade, nem tampouco ao art. 14 do CDC, por não se tratar de produto defeituoso.

2. Possuem responsabilidade subjetiva por omissão os provedores de internet que, após serem notificados sobre a existência de página com conteúdo ofensivo, permanecem inertes.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem, analisando a prova dos

autos, concluiu pela configuração do dano moral, em virtude da inércia da recorrente em bloquear a página da rede social com conteúdo ofensivo, condenando-a ao pagamento de danos morais.

4. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

5. O valor da indenização foi fixado de forma a preservar a dupla finalidade da condenação, considerando as peculiaridades subjetivas do caso. Rever tal entendimento implicaria o reexame de fatos e provas, o que é vedado pelo óbice da referida Súmula.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 137.944/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 08/04/2013)

Ressalva-se em relação a este segundo julgado que não me parece que a discussão passa pelo caráter subjetivo da responsabilidade. Não se foca na culpa do provedor, mas na efetiva conduta ilícita causadora do dano. Não se vislumbra ilicitude na conduta de quem simplesmente disponibiliza canal de publicação de informações a terceiros indetermináveis, sem controle prévio de conteúdo. A ilicitude está em manter tais informações quando sabidamente lesivas. Até então, haveria mero fato de terceiro.

No caso dos autos, não há comprovação de que o autor, ou seus responsáveis, tenha notificado o réu para a retirada dos *posts* ditos falsos e lesivos. Diz a inicial que o fez através da ferramenta de sistema existente, que não fornece qualquer comprovante respectivo. Não sendo esta a única via para a referida notificação, não se reconhece a hipossuficiência técnica da parte autora, que poderia se valer de notificação judicial ou extrajudicial, aí incluindo-se mera correspondência com aviso de recebimento. Logo, tenho que a parte autora não se desincumbiu do ônus da prova quanto aos fatos

constitutivos do direito alegado, em especial a configuração da mora da parte ré.

Vale dizer, os documentos de fls. 172 e seguintes, com alusão ao passo a passo da ferramenta administrativa de denúncia da ré, ademais de não serem conclusivos acerca de sua finalização, apresenta a data de 21/10/2011, igual aquela em que foram concedidos os efeitos da tutela. Os documentos que instruíram a inicial, de igual forma não conclusivos, foram impressos às vésperas do ajuizamento da demanda, sequer configurando tempo hábil para a caracterização da mora da ré.

Pelo que, **JULGO PROCEDENTE EM PARTE** o pedido tão somente para tornar definitiva a decisão antecipatória.

Face à sucumbência recíproca, honorários se compensam e custas são devidas pela metade por cada parte.

Transitada em julgado e satisfeitas as custas, dê-se baixa e arquivem-se.

Rio de Janeiro, 03 de novembro de 2014.

LEONARDO DE CASTRO GOMES

Juiz de Direito