

SOLUÇÃO DE CONFLITOS CÍVEIS ENTRE MANTENEDORAS DE REDES SOCIAIS E INTERNAUTAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*SOLUTION OF CIVIL CONFLICTS BETWEEN SPONSOR OF SOCIAL
NETWORKS AND NETIZENS BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE*

Bruna Pinotti Garcia¹
Mário Furlaneto Neto²

RESUMO

O presente artigo parte da compreensão dos principais conflitos de direitos fundamentais estabelecidos no âmbito das empresas responsáveis por redes sociais, bem como as teorias constitucionais que fornecem respaldo para solucioná-los por ponderação. Então, colaciona-se a resposta que o Superior Tribunal de Justiça tem dado a estes casos, delimitando tendências de hermenêutica constitucional e concluindo que há um predomínio pela utilização da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais com intenso exercício hermenêutico constitucional, atualizando cláusulas gerais do ordenamento infraconstitucional com base na Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Colisão de princípios. Eficácia dos direitos fundamentais. Responsabilidade das mantenedoras de redes sociais. Jurisprudência do STJ.

ABSTRACT

This paper presents a study of the major conflicts of fundamental rights established under the companies responsible for social networks, as both the constitutional theory that provides support to solve them by weighting. Then, are separated the answer that the Superior Court of Justice has given to these cases, delimiting trends of constitutional hermeneutics and concluding that there is a prevalence for the use of the theory of indirect effectiveness of fundamental rights with intense exercise of constitutional hermeneutic, updating general clauses of infraconstitutional ordering based on Constitution.

KEYWORDS: Clash of principles. Effectiveness of fundamental rights. Responsibility of the social networks sponsors. Decisions by the STJ.

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, com bolsa CAPES. Professora de curso preparatório para concursos do Grupo Nova nas disciplinas Ética e Direitos Humanos. Membro dos grupos de pesquisa “Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet” e “Constitucionalização do direito processual”. Advogada e sócia-diretora da empresa EPS&O Consultoria Ambiental.

² Delegado de Polícia. Doutor em Ciência da Informação pela Universidade Estadual Paulista - UNESP. Docente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Coordenador do “Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet”. Endereço eletrônico: <mariofur@univem.edu.br>.

1 INTRODUÇÃO

Mediante o novo ideário hermenêutico constitucional facilita-se a solução de casos complexos que surgem com a evolução tecnológica, afinal, a cada dia surgem novos conflitos no ciberespaço sem que haja viabilidade de tempo ou de estrutura para elaborar um sistema fechado de leis específicas. Não se pode esperar que o Legislativo desempenhe um papel de Poder Supremo, de forma que a atuação do Judiciário adquira crescente importância.

Inúmeros são os tipos de colisões de princípios fundamentais que se estabelecem nas relações jurídicas para com mantenedoras de *sites* de relacionamentos, que se encontram entre os recursos mais utilizados pelos internautas. Todos eles partem da premissa da livre iniciativa para a exploração da atividade, passando pelo risco inerente ao negócio assumido quando da conferência de espaço para exercício da liberdade de expressão. Cada vez mais tais conflitos são levados ao Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, utilizando pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, bem como adotando o método hipotético-dedutivo, pretende-se testar a hipótese de que o Superior Tribunal de Justiça tem efetuado intenso raciocínio hermenêutico constitucional quando chamado a decidir casos sobre responsabilização das empresas que mantêm redes sociais, tanto utilizando da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais quanto da indireta.

2 CONFLITOS DE DIREITO ENTRE MANTENEDORAS DE SITES DE RELACIONAMENTO E INTERNAUTAS

Sempre que surge um novo espaço para relacionamentos é usual que conflitos de princípios tradicionais adquiram novas perspectivas. Em termos de hermenêutica, denota-se a constante necessidade de releitura dos tradicionais valores jurídicos em consonância com as novas exigências sociais. Devido a esta possibilidade as lacunas da lei são preenchidas por raciocínios de ponderação, permitindo a realização da justiça no caso concreto. Não obstante, mesmo nos sistemas mais fechados, às vezes é preciso fugir da letra da lei, priorizando a realização da justiça no caso concreto.

No caso das relações estabelecidas entre uma empresa que mantém um *site* da modalidade rede social e os internautas nota-se um vínculo entre particulares, o que é relevante perante uma teoria constitucional contemporânea. O Pós-positivismo tem como característica marcante a inserção da Constituição Federal no centro do sistema jurídico, conferindo aos seus princípios força normativa.

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programatividade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios

cardeais (BONAVIDES, 2011, p. 286).

No entanto, as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, a princípio, foram criadas como limitadoras do poder estatal, exigindo uma postura de abstenção do Estado. Como a Constituição Federal está no centro do sistema direcionando a atuação de todos os Poderes, natural que todas as normas abaixo dela devam obedecê-la sob pena de inconstitucionalidade; logo, se o legislador criar uma norma contrária à Constituição ela será inconstitucional e se o magistrado for interpretar qualquer norma deverá adotar a Constituição como parâmetro. Questiona-se, então, como ficam os particulares neste sistema quando da violação de direitos fundamentais.

Pela teoria da eficácia indireta a produção de efeitos entre particulares das normas de direitos fundamentais não pode se fundar exclusivamente na Constituição, precisando ser modulada pelas normas e parâmetros do direito privado, no máximo, cabendo ao juiz efetuar interpretação conforme os direitos fundamentais das normas de direito privado (STEINMETZ, 2007, p. 19-20). Logo, os princípios constitucionais, no mínimo, devem ser utilizados como parâmetro para a aplicação das normas infraconstitucionais impostas aos particulares. Isto é, quando um magistrado aplica uma norma do direito civil a uma situação de conflito entre particulares está aplicando indiretamente uma norma constitucional. Mencionada teoria é reconhecida de forma pacífica pela doutrina e jurisprudência.

A questão ganha outros rumos quando falta menção da legislação infraconstitucional a respeito de uma situação de conflito. Em se tratando de conflitos no ciberespaço entre particulares as chances disso acontecer são elevadas, dadas as ramificações jurídicas das inovadoras relações sociais nele possibilitadas. Neste caso, para solucionar o conflito será preciso efetuar uma ponderação de direitos fundamentais que não se baseie na norma geral abaixo da Constituição, mas sim diretamente na norma prevista na Constituição, geralmente adotando a forma de um princípio fundamental. A teoria da eficácia direta ou imediata, segundo Steinmetz (2007, p. 22), preconiza que

[...] as normas de direitos fundamentais são imediata ou diretamente aplicáveis às relações jurídicas entre particulares. O conteúdo, a forma e o alcance da eficácia jurídica dessas normas não dependem, necessariamente, da vigência de regulações legislativas concretizadoras específicas, *nem de interpretação e de aplicações judiciais de textos de normas interpretativas de direito privado, de modo especial, de textos portadores de cláusulas gerais.* [GRIFO NOSSO].

Defende Silva (2008, p. 78-79) que é principalmente pelas cláusulas gerais, que ligam o sistema de valores de direitos fundamentais ao direito privado por requererem um preenchimento valorativo, mas não só por elas, que os direitos fundamentais produzem efeitos no direito privado. Este modelo indireto é aceito de forma unânime, contudo não é pleno nem livre de falhas, pois por vezes não existirá mediação legislativa e a produção de efeitos dos direitos fundamentais será necessária. Ainda assim, a teoria da eficácia direta é

minoritária (SILVA, 2008, p. 85-94).

Das ideias levantadas pode-se compreender, quanto aos conflitos entre mantenedoras de *sites* de relacionamentos para com internautas: quando uma norma da legislação infraconstitucional trazer arcabouço suficiente para a realização do processo interpretativo conforme a Constituição o conflito será solucionado com a adoção da teoria da eficácia indireta, ao passo que quando a norma infraconstitucional for insuficiente dada a inovação do conflito em tela será preciso tomar diretamente os princípios constitucionais e a solução se dará pela adoção da teoria da eficácia direta. Aceitas estas premissas, indaga-se quais seriam os princípios colidentes perante a atividade de uma mantenedora de rede social.

Por parte da mantenedora de rede social a base do conflito se encontra no direito à liberdade de exercício de atividade lícita e à propriedade de bens e valores, aliada com outra faceta da liberdade, qual seja a de expressão, ou da segurança jurídica.

No inciso IV do artigo 1º a Constituição Federal coloca como um dos fundamentos da República “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (BRASIL, 2013). Com efeito, uma empresa pode explorar qualquer atividade, desde que ela seja lícita e que os demais direitos fundamentais sejam respeitados. Quando uma empresa resolve criar uma página de relacionamentos está explorando as relações interpessoais estabelecidas entre os membros da sociedade para obter lucro, ainda que indiretamente. Neste sentido, como se verá no tópico a seguir, tem sido pacífico o reconhecimento de relação de consumo.

A obtenção de lucro e a consequente aquisição de propriedade de bens e valores é assegurada pelo ordenamento jurídico, mas traz consigo ônus. Em suma, a garantia do direito de propriedade de bens e valores se encontra disciplinada no âmbito internacional, na qualidade de direito humano naturalmente inerente à pessoa, conforme o artigo XVII da Declaração Universal de Direitos Humanos: “1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade” (ONU, 2013). Ainda, a Constituição Federal assegura o direito à propriedade no caput do artigo 5º, complementando nos incisos deste: “XXII - é garantido o direito de propriedade; [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 2013).

Entretanto, toda atividade comercial traz consigo responsabilidades inerentes ao risco do negócio exercido. Por exemplo, no caso de uma empresa que mantenha rede social que atrai usuários por causa das informações postadas pelos demais usuários em páginas pessoais ou comunitárias, um modo de exercício da liberdade de expressão, natural que o mau uso desta liberdade possibilitada pela estrutura do site gere consequências para o responsável por sua criação e manutenção; ou ainda, quando esta empresa atrai muitos usuários acaba sendo procurada por interessados em campanhas publicitárias, as quais podem ser enganosas ou abusivas, incidindo também responsabilização decorrente do risco do negócio. E, para evitar ou minimizar danos por responsabilização, garantindo alguma segurança jurídica independente do risco da atividade explorada, natural que se exerça alguma vigilância sobre as atividades praticadas por internautas e agentes publicitários,

armazenando registros que garantam a transferência da responsabilidade direta.

Basicamente, o risco inerente ao negócio explorado por uma mantenedora de rede social se encontra no exercício da liberdade de expressão por internautas e agentes publicitários, que pode violar direitos fundamentais alheios inerentes ao direito à privacidade, à personalidade e ao acesso à informação correta.

Nos termos do artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras” (ONU, 2013). No âmbito do artigo 5º da Constituição Federal, colacionam-se os seguintes incisos quanto às dimensões da liberdade usualmente exercitadas no ciberespaço: “IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 2013).

A instantânea quantidade de informações em comunicação de massa criou a falsa impressão de que o ciberespaço é uma terra sem fronteiras onde as pessoas do mundo podem estar interconectadas como se vivessem juntas numa pequena cidade, sem limites de ação, conceito que tem sido refutado nas ações propostas ao redor do mundo (ABELSON; LEDEEN; LEWIS, 2008), mas independente do meio de divulgação do pensamento, tem-se que a liberdade de expressão é limitada.

Em resumo, a liberdade de expressão poderá ser exercida por si só quando se tratar de um internauta que queira manifestar seu pensamento para interagir com outros internautas, ou então de forma conjugada com a livre iniciativa voltada à aquisição de propriedade de bens e valores quando a rede social for utilizada como espaço publicitário.

Fechando o raciocínio, os direitos fundamentais que podem ser violados pelos excessos no exercício da liberdade de expressão são os da personalidade e o de acesso à correta informação, enquanto que o que pode ser infringido pelo excesso da vigilância das atividades do internauta em prol da segurança jurídica é o de privacidade.

Nesta linha, nos termos do artigo XXIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos é assegurado a todo ser humano, no exercício da vida em comunidade, o “livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade” (ONU, 2013). A proteção constitucional, por sua vez, encontra-se no já mencionado artigo 5º, X da Constituição Federal, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (grifo nosso) (BRASIL, 2013). Quanto às garantias inerentes aos direitos da personalidade, evidencia-se o artigo 5º, V da Constituição Federal, pelo qual “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL, 2013).

Silva (2006, p. 209) destaca que os direitos à honra e à imagem constituem, ao lado do nome e da identidade pessoal, objetos do direito da personalidade, sendo que deve a honra ser vista como “o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa,

o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação”, enquanto que a preservação da imagem “consiste na tutela do aspecto físico, como é perceptível visivelmente”. Em suma, direitos da personalidade são situações jurídicas essenciais que tutelam os atributos essenciais do ser humano e o livre desenvolvimento da vida em relação que podem ser violados quando a manifestação do pensamento por parte de um terceiro.

Por sua vez, a má-fé nas relações de consumo ocasiona uma indevida perda patrimonial ou ao menos um inadequado desconforto ao consumidor - daí a proteção das relações de consumo, que se relaciona também à tutela da propriedade de bens materiais. A pretensão é de que práticas abusivas pela rede mundial de computadores sejam cada vez mais coibidas pela sociedade e pelo Direito, tornando-se efetiva a adaptação à era da informatização nas relações comerciais.

Segundo Soares (2011), “o dever de informar apóia-se no reconhecimento de um déficit informacional do consumidor perante o fornecedor. É que este detém conhecimento especializado acerca de dados do processo de produção e fornecimento dos produtos e serviços no mercado de consumo”. Quando uma informação publicitária enganosa é postada numa rede social e atrai o interesse de algum usuário presume-se que antes da venda do espaço publicitário teria sido realizada uma diligência por parte da empresa mantenedora.

Finalmente, quanto ao direito à privacidade, destaca-se a disciplina do artigo XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela qual “ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (ONU, 2013), corroborada pelo já mencionado artigo 5º, X da Constituição.

A união da intimidade e da vida privada forma a privacidade, sendo que a primeira se localiza em esfera mais estrita. Entretanto, a privacidade é um dos direitos que pode ser limitado em busca da segurança jurídica, no caso, minimizando os riscos inerente à atividade explorada pela mantenedora da rede social. Nesta linha, quanto às facetas do direito à segurança, para Silva (2006, p. 437), “efetivamente, esse conjunto de direitos aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral)”. Neste sentido, o armazenamento de informações permite a adequada identificação daquele que causa dano a terceiros no uso de uma rede social.

Enfim, o que se faz na rede mundial de computadores não fica perdido, posto que por trás de um computador e de seu gráfico cheio de recursos acessíveis, que transparecem certa capacidade de esquecimento do que é transmitido com possibilidades como exclusão de arquivos e históricos, está um complexo sistema de interconexão de redes e máquinas. No decorrer deste processo, as informações de uma máquina são constantemente enviadas a outra para o estabelecimento de conexões, onde ficam registradas (GARCIA; FURLANETO NETO, 2012, p. 281). Assim, identificam-se os usuários que praticaram determinados atos, eximindo a mantenedora da rede de indenizar.

Portanto, são variados os conflitos de direitos fundamentais estabelecidos no âmbito do vínculo entre mantenedora de redes sociais e internautas, razão pela qual ao menos indiretamente será feita uma ponderação de direitos fundamentais dando aplicação justa à norma infraconstitucional, quando não for necessário que por si só esta ponderação apresente uma solução ao conflito.

3 ATIVIDADE HERMENÊUTICA NOS JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DAS EMPRESAS QUE MANTÉM REDES SOCIAIS

Entre as questões de conflitos no ciberespaço que mais são levadas aos Tribunais Superiores destacam-se as que se decidem sobre os limites da responsabilização civil das mantenedoras de *sites* de relacionamentos. Em geral, todos os conflitos abordados no tópico anterior se fazem presentes na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, alguns com maior outros com menor intensidade, alguns de maneira direta e outros reflexamente.

Todas as decisões nesta seara são uníssonas em reconhecer um pressuposto: a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às empresas que mantêm redes sociais, restando caracterizada uma relação de consumo entre estas e os internautas que usufruem de seus serviços, independentemente de não pagarem por eles. Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. RETIRADA. REGISTRO DE NÚMERO DO IP. DANO MORAL. AUSÊNCIA. PROVIMENTO. 1. No caso de mensagens moralmente ofensivas, inseridas no site de provedor de conteúdo por usuário, não incide a regra de responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Cód. Civil/2002, pois não se configura risco inerente à atividade do provedor. Precedentes. 2. É o provedor de conteúdo obrigado a retirar imediatamente o conteúdo ofensivo, pena de responsabilidade solidária com o autor direto do dano. 3. O provedor de conteúdo é obrigado a viabilizar a identificação de usuários, coibindo o anonimato; o registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na *Internet* constitui meio de rastreamento de usuários, que ao provedor compete, necessariamente, providenciar. 4. Recurso Especial provido. Ação de indenização por danos morais julgada improcedente (BRASIL, 2012a).

No julgado, a ponderação de direitos fundamentais se deu de maneira indireta, considerando que a regulamentação do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor fornece substrato suficiente para identificar a relação entre mantenedoras de redes sociais e seus usuários como consumerista, embora a Constituição Federal reforce este paradigma.

Outro aspecto perceptível no acórdão para além da aplicação da legislação consumerista refere-se ao armazenamento de registros das atividades dos internautas por parte das empresas mantenedoras das redes sociais. Afinal, de que outra forma a

exigência do item 3 do acórdão de viabilizar a identificação do autor do dano poderia ser cumprida? Logo, para a segurança da empresa responsável pela rede social deve ser feito o armazenamento de registros, limitando as possibilidades de que ela seja obrigada a indenizar um dano que tenha sido causado por outro usuário de seus serviços. No entanto, cabe atentar ao fato de que a guarda de registros deve se dar em respeito à privacidade do internauta. Em termos de jurisprudência dos Tribunais Superiores não há delineamentos suficientes a respeito do que seria a preservação da privacidade dos internautas quando do armazenamento de seus registros, mas a razoabilidade permite levantar limites como o de não divulgar indevidamente tais registros e de não armazená-los por tempo indefinido (apenas o tempo suficiente para evitar a responsabilização por eventual dano causado a terceiro).

Voltando à aplicação do Código de Defesa do Consumidor às mantenedoras de redes sociais, tem-se como decorrência o reconhecimento de uma típica cadeia de consumo - envolvendo agentes intermediários na relação entre internauta e mantenedora do sítio - com o estabelecimento de responsabilidade para esta mantenedora ainda que a falha do serviço tenha partido diretamente de outro agente intermediário da cadeia. Destaca-se o julgado:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ELETRÔNICO DE MEDIAÇÃO DE NEGÓCIOS. MERCADO LIVRE. OMISSÃO INEXISTENTE. FRAUDE. FALHA DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DO SERVIÇO. 1. Tendo o acórdão recorrido analisado todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia não se configura violação ao art. 535, II do CPC. 2. O prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecido ao consumidor. 3. O descumprimento, pelo consumidor (pessoa física vendedora do produto), de providência não constante do contrato de adesão, mas mencionada no *site*, no sentido de conferir a autenticidade de mensagem supostamente gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não é suficiente para eximir o prestador do serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada. 4. A estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido (BRASIL, 2011a).

Logo, sempre que fornecer um espaço publicitário a empresa responsável pelo *site* de relacionamentos se corresponsabiliza pela entrega do produto nos termos prometidos no anúncio publicitário. No mais, o julgado utiliza-se de artigos do Código de Defesa do Consumidor, mas vai além no processo interpretativo e estabelece obrigações aos *sites* de intermediação da rede mundial de computadores, o que somente é possível tomando como parâmetro direitos fundamentais em colisão, razão pela qual denota-se a utilização da teoria da eficácia indireta, mas com uma intensa atividade de interpretação constitucional.

Há sentido no reconhecimento desta responsabilidade solidária, afinal, uma das

principais fontes de lucro das empresas atuantes na rede mundial de computadores é a publicidade. Quando uma mantenedora disponibiliza espaço para que alguém exponha um produto ou serviço à venda assume também a responsabilidade pela credibilidade da oferta, diante de seu dever de cuidado.

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANÚNCIO ERÓTICO FALSO PUBLICADO EM SITES DE CLASSIFICADOS NA INTERNET . DEVER DE CUIDADO NÃO VERIFICADO. SERVIÇOS PRESTADOS EM CADEIA POR MAIS DE UM FORNECEDOR. SITE DE CONTEÚDO QUE HOSPEDA OUTRO. RESPONSABILIDADE CIVIL DE TODOS QUE PARTICIPAM DA CADEIA DE CONSUMO. 1. No caso, o nome do autor foi anunciado em sites de classificados na *Internet* , relacionando-o com prestação de serviços de caráter erótico e homossexual, tendo sido informado o telefone do local do seu trabalho. O sítio da rede mundial de computadores apontado pelo autor como sendo o veiculador do anúncio difamante - *ipanorama.com* - é de propriedade da ré TV Juiz de Fora Ltda., a qual mantinha relação contratual com a denunciada, Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do portal *O Click*, que se hospedava no site da primeira ré e foi o disseminador do anúncio. Este último (*O Click*) responsabilizava-se contratualmente pela “produção de quaisquer dados ou informações culturais, esportivas, de comportamento, serviços, busca, classificados, webmail e outros serviços de divulgação”. 2. Com efeito, cuida-se de relação de consumo por equiparação, decorrente de evento relativo a utilização de provedores de conteúdo na rede mundial de computadores, organizados para fornecer serviços em cadeia para os usuários, mediante a hospedagem do site “*O click*” no site “*ipanorama.com*”. 3. Assim, a solução da controvérsia deve partir da principiologia do Código de Defesa do Consumidor fundada na solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços. Para a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de consumo, apura-se a responsabilidade de um deles, objetiva ou decorrente de culpa, caso se verifiquem as hipóteses autorizadoras previstas no CDC. A responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo, todavia, não decorre de seu agir culposo ou de fato próprio, mas de uma imputação legal de responsabilidade que é servil ao propósito protetivo do sistema. 4. No caso em apreço, o site *O click* permitiu a veiculação de anúncio em que, objetivamente, comprometia a reputação do autor, sem ter indicado nenhuma ferramenta apta a controlar a idoneidade da informação. Com efeito, é exatamente no fato de o veículo de publicidade não ter se precavido quanto à procedência do nome, telefone e dados da oferta que veiculou, que reside seu agir culposo, uma vez que a publicidade de anúncios desse jaez deveria ser precedida de maior prudência e diligência, sob pena de se cancelar o linchamento moral e público de terceiros. 5. Mostrando-se evidente a responsabilidade civil da empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do site *O click*, configurada está a responsabilidade civil da TV Juiz de Fora, proprietária do site *ipanorama.com*, seja por imputação legal decorrente da cadeia de consumo, seja por culpa *in eligendo*. 6. Indenização por dano moral arbitrada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). 7. Recurso especial provido. (BRASIL, 2012b).

O princípio da solidariedade na cadeia de consumo previsto no Código de Defesa do Consumidor é um reflexo do ordenamento constitucional no infraconstitucional, uma vez

que na Constituição é garantida a defesa do consumidor inclusive na categoria de direito fundamental. Também neste caso denota-se o uso da teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais com larga margem de interpretação constitucional.

No tocante aos *sites* de relacionamentos, o principal recurso para obtenção de lucro é justamente a publicidade porque embora nada seja cobrado do usuário do *site*, este adquire a qualidade de consumidor devido ao lucro que a mantenedora obtém com seu acesso. Deste modo, a condição de consumidor garante à pessoa uma vasta gama de direitos, além da garantia de facilitação da defesa em juízo (GARCIA; SANTOS, 2011, p. 4478).

Finalmente, têm-se os julgados sobre responsabilização por danos à personalidade praticados por outros internautas. De início, denota-se o afastamento da responsabilidade por fiscalização prévia do conteúdo postado, embora exista o dever de retirada do conteúdo ofensivo do ar o mais rápido possível:

CIVIL E CONSUMIDOR. *INTERNET*. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO *SITE* PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

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 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.
3. 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.
4. 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.
5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.
6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.
7. A iniciativa do provedor de conteúdo de manter em *site* que hospeda rede social virtual um canal para denúncias é louvável e condiz com a postura esperada na prestação desse tipo de serviço - de manter meios que possibilitem a identificação de cada usuário (e de eventuais abusos por

ele praticado) - mas a mera disponibilização da ferramenta não é suficiente. É crucial que haja a efetiva adoção de providências tendentes a apurar e resolver as reclamações formuladas, mantendo o denunciante informado das medidas tomadas, sob pena de se criar apenas uma falsa sensação de segurança e controle. 8. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2012c).

Em outros julgados o teor é muito semelhante (BRASIL, 2011b; BRASIL, 2012d), de modo que o Superior tribunal de Justiça tem firmado o seguinte entendimento: a) não é risco inerente ao negócio responder por todos atos ilícitos praticados no âmbito de um *site* que propicia aos internautas um espaço para manifestação do pensamento; b) no entanto, é dever da mantenedora disponibilizar meios para identificar o autor do ilícito, sob pena de responder solidariamente, bastando para tanto fornecer o número de IP; c) recebendo informações sobre o conteúdo ilícito, deve tomar providências enérgicas para retirar o conteúdo do ar; d) assim, não basta propiciar mecanismo de denúncia, é preciso criar meios de identificação do internauta que causou o dano.

Quando uma empresa cria um aplicativo na rede sabe que estará sujeita a determinadas responsabilidades, entre elas a de proporcionar que eventual ato ilícito cometido em seu âmbito seja apurado e reparado, sob pena dela mesma ter que fazê-lo. No entanto, o intenso fluxo de informações da rede mundial de computadores e o formato adotado nos *sites* que propiciam a livre manifestação do pensamento impedem que se exija uma fiscalização prévia de conteúdo, mas não exime do dever de remoção após requerimento.

Dentro da temática abordada, considerado o dever de remoção do conteúdo ofensivo com presteza e eficácia para diminuir os efeitos do dano, destacam-se discussões a respeito do prazo para que esta atitude seja tomada pela mantenedora. Parte da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que se o conteúdo não for imediatamente removido do ar quando da solicitação do ofendido a empresa será responsável solidariamente pela reparação do dano, ainda que ela não responda objetivamente pelo conteúdo postado, conforme precedentes da corte (BRASIL, 2012e). De outro lado, há julgados que conferem o prazo de 24 horas para a retirada, no qual não caberá análise do conteúdo sobre o qual se requereu e remoção, mas apenas a suspensão do seu acesso ao público, o qual poderá ser novamente colocado no ar caso se entenda que não é ofensivo, decisão que deve ser tomada o mais rápido possível pela empresa mantenedora da rede (BRASIL, 2012f). Ambos prazos são considerados exíguos pelas mantenedoras atuantes na rede, que argumentam que seria preciso ouvir o internauta que postou o conteúdo sob pena de incorrer em censura à liberdade de expressão. O argumento não merece amparo porque o intenso fluxo de informações da rede implica numa dificuldade crescente de remoção de conteúdo quanto maior o tempo que ele fique no ar, além do que é possível suspender este conteúdo para apurar sua licitude e fazê-lo voltar ao ar posteriormente.

A compreensão deste conjunto de responsabilidades envolve um forte exercício de interpretação, uma vez que as cláusulas gerais da legislação civil e consumerista são altamente genéricas. A maioria das obrigações mencionadas são tomadas como uma

decorrência lógica da responsabilidade objetiva inerente à atividade comercial, mas parece ser simplório tomar este exercício como uma interpretação qualquer. Evidente que o exercício de hermenêutica constitucional se faz presente, ponderando entre a necessidade de proteger a personalidade dos internautas e preservar a livre iniciativa da empresa atuante na *Web*. Ainda que não se entenda que a teoria da eficácia direta está sendo aplicada, no mínimo se trata de uma teoria da eficácia indireta com intenso exercício de hermenêutica constitucional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notável que o Direito passou por transformações substanciais desde a 2ª Guerra Mundial, as quais desembocaram na consolidação de uma nova hermenêutica constitucional, conferindo ao magistrado o poder de tomar suas decisões utilizando-se de um intenso raciocínio hermenêutico que tem por base o reconhecimento da Constituição Federal como o centro do sistema jurídico. Tão forte é este ideário que reconhece-se que os direitos fundamentais não são meros limitadores da ação estatal, mas aplicam-se às relações entre particulares, seja pela teoria da eficácia direta, seja pela teoria da eficácia indireta.

O benefício deste novo sistema é aliviar as expectativas sobre a atividade do legislador e conferir ao magistrado o poder de dinamizar o Direito às intensas nuances sociais que vêm se estabelecendo desde a era da informatização. A velocidade com a qual novas relações jurídico-sociais se estabelecem no ciberespaço tem exigido do Direito respostas rápidas para a solução de conflitos, que não podem - e muitas vezes nem devem - aguardar a elaboração de leis específicas, numa eterna tentativa de criar um sistema fechado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito de alguns dos conflitos de direitos fundamentais que mais têm chegado ao Judiciário, quais sejam os que envolvem os vínculos estabelecidos no âmbito dos *sites* de relacionamentos entre a empresa responsável, os internautas e os agentes publicitários, tem evidenciado um novo Judiciário brasileiro, sem medo de interpretar as cláusulas gerais do ordenamento tendo em vista as premissas consolidadas na Constituição, embora ainda exista algum receio em utilizar a teoria da eficácia direta. Logo, conclui-se que há um predomínio pela utilização da teoria da eficácia indireta com intenso exercício hermenêutico constitucional, atualizando cláusulas gerais do ordenamento infraconstitucional com base na Constituição.

REFERÊNCIAS

ABELSON, Hal; LEDEEN, Ken; LEWIS, Harry. **Blown to bits: your life, liberty and happiness after the digital explosion**. Crawfordsville (Indiana/USA): Addison-Wesley, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.306.066/MT.** Relator: Sidnei Beneti. Brasília, 17 de abril de 2012a. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.107.024/DF.** Relatora: Maria Isabel Gallotti. Brasília, 1 de dezembro de 2011a. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 997.993/MG.** Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 de junho de 2012b. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.308.830/RS.** Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 08 de maio de 2012c. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.186.616/MG.** Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 23 de agosto de 2011b. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.193.764/SP.** Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 26 de junho de 2012d. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.309.891/MG.** Relator: Sidnei Beneti. Brasília, 26 de junho de 2012e. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.323.754/RJ.** Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2012f. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 nov. 2012.

GARCIA, Bruna Pinotti; FURLANETO NETO, Mário. Guarda dos registros de conexão e de aplicação: estudo sobre o conflito privacidade vs. segurança jurídica na proposta do Projeto de Lei n. 2126/11. In: VERONESE, Alexandre; ROVER, Aires José; AYUDA, Fernando Galindo. (Org.). **Direito e Novas Tecnologias.** Edição dos Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2012, Niterói/RJ. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

GARCIA, Bruna Pinotti; SANTOS, Cássio Roberto dos. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às mantenedoras de redes sociais e a consequência processual da inversão do ônus da prova. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia/MG. **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

ONU - Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948.** Disponível em: <http://www.dudh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=49&Itemid=59>. Acesso em: 10 jan. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. Reflexões sobre o dever de informação. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, ano XIV, n. 87, abr 2011. <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9130>. Acesso em: 30 out. 2012.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.