

A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO *FACEBOOK* PELOS USUÁRIOS E O DEVER DE COLABORAÇÃO NA IDENTIFICAÇÃO DOS OFENSORES PELO *SITE* DE REDE SOCIAL.

Rosane Leal da Silva
Rafaela Bolson Dalla Favera

Resumo: O presente artigo analisa, a partir de abordagem teórica, o dever do *site* de relacionamento *Facebook* de colaborar na identificação de usuários que violam direitos fundamentais de outras pessoas no âmbito do ambiente virtual disponibilizado pelo provedor. O estudo contrasta o tratamento normativo do tema com o posicionamento do Poder Judiciário brasileiro quanto ao armazenamento desses dados pelo provedor e a segurança na manutenção deles por parte do *site*. Para isso foi empregado o método de abordagem dedutivo, analisando de maneira mais geral as infrações que ocorrem no *site* de rede social *Facebook*, evidenciando o tratamento legal e doutrinário do tema. Feita essa construção, são expostos e discutidos casos recentemente julgados pelo Poder Judiciário brasileiro, o que foi feito com o auxílio do método de procedimento monográfico. Concluiu-se que o *Facebook* deve manter um sistema seguro de registro de dados de seus usuários, pois o provedor tem a obrigação de fornecê-los diante da determinação judicial. A análise de casos evidenciou que a escusa do provedor não é aceita pelo Poder Judiciário, que determina que o provedor disponibilize os dados que permitirão que o titular de direitos proponha eventual ação de reparação civil contra o ofensor.

Palavras-chave: Dados pessoais; Dever de colaboração; Direitos fundamentais; *Facebook*; Violação de direitos.

Abstract: This article analyzes, from theoretical approach, the duty of *Facebook* social networking site to collaborate on identification users who violate fundamental rights of others within the virtual environment available by the provider. The study contrasts the normative treatment of the subject with

the positioning of the Brazilian courts regarding the storage of such data by the provider and the security in their maintenance by the site. For this it was used the deductive method of approach, analyzing more generally violations occurring in the Facebook social networking site, highlighting the legal and doctrinal treatment of the subject. Made this construction, they are exposed and discussed cases recently judged by the Brazilian Judiciary, which was done with the aid of the method of monographic procedure. It was concluded that Facebook should maintain a data logging system secure of their users because the provider is obliged to available them before a judicial determination. The cases analysis showed that the excuse provider is not accepted by the judiciary, which states that the provider makes available the data to the right holder propose any action civil damages against the offender.

Key-words: Personal data; Duty to cooperate; Fundamental rights; Facebook; Rights violation.

INTRODUÇÃO

Vive-se na chamada “era digital”, caracterizada pelos crescentes fluxos de informação e comunicação, pela interconexão e instantaneidade. Essa nova era revela inéditos conflitos decorrentes das dinâmicas interações entre os sujeitos no ambiente virtual, ou seja, na *web*. Embora muitas pessoas equivocadamente suponham que as atividades realizadas no ambiente virtual se subtraíam da incidência do Direito, essa visão distorcida não encontra amparo na realidade, sendo cada vez mais frequentes as demandas judiciais que versam sobre a violação de direitos fundamentais de internautas.

Os *sites* de redes sociais permitem aos seus usuários intensificar essas relações, pois podem conectar pessoas de todas as partes do mundo em um só lugar. É possível, no entanto, que determinados usuários se utilizem desses *sites* com o propósito de ofender a honra e a imagem de outros indivíduos, o que fere os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira.

Essa relação ganha complexidade quando aquele que foi lesado necessita da colaboração do provedor de aplicação para poder identificar

quem publicou/compartilhou os conteúdos ofensivos, gerando a indagação sobre a atuação esperada por parte do provedor.

É sobre essa problemática, nova e ainda em franco desdobramento, que versa o presente artigo, construído a partir da aplicação do método de abordagem dedutivo, visto que a pesquisa partiu de uma análise geral dos ilícitos ocorridos nessa rede social e dos direitos fundamentais violados, passando pela análise normativa e doutrinária até se chegar a uma resposta sobre o fornecimento de dados pessoais dos infratores. Já o método de procedimento empregado foi o monográfico, utilizado para realizar a análise dos julgados relacionados ao assunto.

Todo esse aporte metodológico restou na divisão do artigo em três partes, sendo que na primeira foi averiguada a importância do *Facebook* no mundo virtual e as violações aos direitos fundamentais nesse ambiente. Na segunda evidenciou-se o dever do provedor na identificação dos seus usuários, quando esses violarem direitos de outros para, na terceira parte, apresentar e analisar dois casos relacionados ao tema.

1 A INTERNET E AS PUBLICAÇÕES, CURTIDAS E COMPARTILHAMENTOS ILÍCITOS REALIZADOS NO FACEBOOK.

Poucos anos se passaram desde o surgimento dos primeiros indícios do que viria ser a *Internet* na atualidade. Os primeiros registros datam de 1969 com aquilo que foi denominado de *Arpanet*, mas foi somente em 1995 que a rede mundial de computadores se expandiu para todas as pessoas físicas e jurídicas (CASTELLS, 2007, p.33). Ou seja, para a sociedade em geral a *Internet* tem apenas vinte anos de existência, e nesse pequeno espaço de tempo já é possível perceber a sua relevância, tanto no desenvolvimento das novas tecnologias, quanto no aperfeiçoamento da própria pessoa humana e das empresas.

Diante desse contexto, não se torna fácil conceituar o termo *Internet*. Para autores mais técnicos, *Internet* significa “[...] uma rede internacional de computadores conectados entre si.” (LEONARDI, 2012, p.80). Sabe-se, no

entanto, que essa rede mundial tem um significado muito mais profundo e, nesse sentido, Manuel Castells (2007, p.25) escreve que “A criação e desenvolvimento da Internet é uma extraordinária aventura humana.”. Para esse autor a rede mundial nada mais é do que o processo de criação de um novo mundo.

De fato, falar de *Internet* é falar de um novo ambiente, não mais físico, mas virtual. É também se direcionar as pessoas como internautas, que mais do que utilizadores, são desbravadores desse novo universo. Os provedores de serviços de *Internet* tem fundamental importância nesse cenário, visto que esses são as ferramentas que possibilitam aos internautas se movimentarem e se expressarem na rede virtual. Dentre os vários provedores existentes, buscar-se-á especificar o provedor de hospedagem, pois nesse se enquadram os *sites* de redes sociais e, portanto, o *Facebook*, objeto do presente estudo.

O provedor de hospedagem é aquele que oferece um determinado espaço na *web* para o armazenamento de dados pelos seus usuários, podendo tais conteúdos ser acessados por terceiros. Esse serviço pode se dar de forma gratuita ou onerosa, contudo, o provedor não tem aptidão para controlar tudo que for disponibilizado no *ciberespaço* (SOUTO JR., 2010, p.25). Os *sites* de redes sociais são classificados como provedores de hospedagem e tem grande influência no mundo virtual, pois são amplamente difundidos e utilizados pelos internautas em âmbito nacional e internacional.

A crescente aderência aos *sites* de relacionamento no Brasil e no mundo só é possível graças ao aumento do número de pessoas com acesso a computadores, *tablets* ou *smartphones* com conexão a *Internet*. A mais recente pesquisa realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil demonstrou que em 2013 houve um crescimento no número de domicílios com computadores no país, chegando a 49% dos domicílios (BRASIL, 2014, p.164). Também constatou-se, nessa mesma pesquisa, um alargamento do número de domicílios com conexão a *Internet*, resultando em 43% dos domicílios (BRASIL, 2014, p.169).

Como já referido, todos esses fatores contribuem para que os internautas se aventurem na *web*, e os *sites* de redes sociais são ambientes

propícios para a interação desses sujeitos. De acordo com uma pesquisa realizada pela *Statista* em março de 2015, o *Facebook* é o *site* de relacionamento mais popular entre os internautas, visto possuir o maior número de usuários, sendo o primeiro a ultrapassar um bilhão de integrantes (STATISTA, 2015).

Rápida retrospectiva histórica permite lembrar que a criação desse *site* teve início em fevereiro de 2004, quando o estudante da Universidade de Harvard, Mark Zuckerberg, deu início ao que posteriormente veio a chamar de “*Facebook*” (KIRKPATRICK, 2011). O autor David Kirkpatrick (2011) afirma que “As redes sociais tornaram-se uma parte familiar e onipresente da internet.”. Assim, é possível dizer que o *site* de relacionamento *Facebook* tem uma grande importância no ambiente virtual mundial, mas principalmente para aqueles que o utilizam.

Dentre as mais variadas ferramentas que o *Facebook* disponibiliza aos seus usuários, estão as de publicar, curtir e compartilhar conteúdos. Essas são as atividades mais populares na rede, sendo que, o ato de publicar implica em liberar um conteúdo novo naquele ambiente virtual. Já quando alguém curte uma determinada publicação ou compartilhamento, significa que gostou ou que está concordando com aquele material. O compartilhamento, por sua vez, ocorre sobre uma determinada publicação já existente, passando a aparecer no perfil daquele que compartilhou. Todos esses mecanismos permitem aos internautas manifestarem seus pensamentos através da rede, em conformidade com o direito a liberdade de expressão constitucionalmente assegurado.

Ocorre que, muitos adeptos ao *Facebook* se expressam de modo a violar direitos fundamentais inerentes a outros usuários. Para melhor compreensão do tema, nesse trabalho será utilizado o conceito de direitos fundamentais proposto por Pérez Luño (2005, p. 31-53), categoria surgida na França em 1770 e decorrente do movimento que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A doutrina majoritária reconhece que os direitos fundamentais são os direitos humanos que foram positivados nas constituições estatais e que resumem o conceito de mundo e de ideologia que inspira cada ordenamento jurídico, tratando-se, todavia, de um mínimo de

direitos que devem ser tutelados pelo Estado e respeitados pelos demais particulares.

Trata-se, portanto, de direitos de dupla caracterização. A primeira particularidade refere-se ao fato de esses direitos representarem um núcleo de liberdades protegido constitucionalmente, ou seja, são direitos amplamente defendidos e assegurados, mais do que outros considerados como infraconstitucionais. O outro aspecto diz respeito ao fato de esses direitos retratarem valores que servem de estímulo para a organização da comunidade política, o que justifica a existência de uma Constituição (PAROSKI, 2008, p.102).

Tradicionalmente são elencados e reconhecidos nas Cartas Políticas dos Estados democráticos como direitos fundamentais a liberdade de expressão, a honra, a imagem, a privacidade e a intimidade, sendo corrente encontrar entre os doutrinadores suas definições.

Tratando dessa classificação, Santos (2005, p. 190-198), sustenta que o direito à honra, à intimidade pessoal e privacidade familiar, o direito à própria imagem e ao segredo das comunicações integram a esfera privada, pois oferecem à pessoa um campo de autonomia própria. No âmbito da esfera pública estaria o direito à comunicação livre, que envolve a liberdade de expressão e o direito à informação.

Este importante jurista defende que nos tempo atuais, marcados pelo uso crescente das tecnologias da informação e comunicação, deve-se privilegiar a estrutura unitária dos direitos fundamentais. Pérez Luño (2005, p. 339) entende que a visão tradicional, que identifica o direito à imagem com o interesse do titular em evitar a posse, transmissão, ou reprodução da imagem plástica, tida como prolongamento do corpo da pessoa já não se sustenta, pois segundo sua teoria, o que se tutela é a intimidade, “[...] que protege la captación, manipulación o publicidad no consentida de la imagen, em cuanto suponen atentados a la esfera de la vida privada de la persona”, a partir da qual os demais direitos também seriam protegidos. Assim, ao adotar o *status* positivo da intimidade é possível manter a estrutura unitária dos direitos fundamentais, abrangendo os direitos à honra e à imagem.

O enfoque positivo e social também se revela interessante por ampliar o exercício dos direitos personalíssimos para o âmbito virtual, possibilitando que as demais pessoas participem da sua promoção e proteção na condição de co-responsáveis. Tal visão ultrapassa a postura privatística como tradicionalmente eram tratados esses direitos, projetando-os para o ambiente público e os relacionando à autonomia do titular, a quem se reconhece o direito à autodeterminação informacional.

Essa autodeterminação é especialmente importante quando se trata da atuação no ambiente virtual, especialmente para evitar que o exercício da liberdade de expressão por parte de uma pessoa acabe invadindo a esfera jurídica e causando lesão a outro.

É preciso lembrar, porém, que é possível se utilizar da liberdade de expressão na *Internet* de forma lícita, sem prejudicar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem de outras pessoas. O autor Álvaro Rodrigues Jr. (2009, p.98) afirma que:

[...] a Constituição Brasileira veda expressamente qualquer tipo de restrição de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, observadas, porém, a inviolabilidade do direito à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Ademais, o Marco Civil da *Internet* (Lei nº 12.965/2014), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil, assegura em seu art. 3º a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento e, ao mesmo tempo, a proteção da privacidade (BRASIL, 2014). Florêncio Filho (2014, p.31) explica que, embora pareça, não há uma colisão entre esses dois princípios, visto que somente o caso concreto e a aplicação conjunta do princípio da proporcionalidade é que irão estabelecer um limitador entre eles, e “Em havendo afronta à privacidade, sob o nosso entendimento, não pode a liberdade de expressão prevalecer, sob pena de se violar ainda a dignidade da pessoa humana.” (FLORÊNCIO FILHO, 2014, p. 32).

Cabe ressaltar que a dignidade da pessoa é um princípio-guia do Estado de Direito e como tal deve ter seu significado aferido e valorizado nas relações estabelecidas entre as pessoas, quer estejam desenvolvendo interações face a face, quer se relacionem no ambiente virtual. Portanto, o conceito de dignidade da pessoa humana e seu exame a partir da dimensão intersubjetiva evidenciam sua forte relação com os direitos fundamentais, fundadores da dignidade, condição que será efetivamente alcançada na medida em que houver respeito ao pleno desenvolvimento da personalidade.

Häberle (2007, p. 16) argumenta no mesmo sentido ao afirmar que a dignidade humana existe somente no que chama de *status culturalis*, que vai para além do estado natural. Da combinação das abordagens formuladas pelos autores acima referidos, pode-se extrair a necessidade de uma visão integradora, capaz de respeitar a pessoa desde sua acepção mais íntima e individual, até alcançar suas interações sociais no âmbito virtual.

Sabe-se que os direitos fundamentais não são absolutos e nesse sentido Mauro Vasni Paroski (2008, p.106-107) explica que existindo um conflito entre dois ou mais direitos fundamentais existentes em um mesmo diploma legal, como a Constituição Federal, admite-se uma flexibilização entre eles. Diante de uma situação como essa, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como uma forma de balanceamento para a aplicação desses direitos, objetivando a proibição de excessos que, por vezes, podem ocorrer (CORDEIRO, 2012, p.43).

Frente ao exposto e diante desses novos conflitos que emergem nas relações existentes no mundo virtual, é que autores como Boff e Fortes (2014, p.109) retratam a ideia de privacidade e proteção de dados pessoais na *Internet* como um direito fundamental. Tamanha é a preocupação dos autores com essa questão que o fazem afirmar (BOFF; FORTES, 2014, p.124):

Há um tempo, quando se assistia a um filme de ficção científica, imaginava-se o futuro que estava por vir. Agora, tem-se a impressão de que se aproxima da certeza de que o futuro é agora, e nesse futuro presente, indubitavelmente, é necessário promover uma imersão conceitual do Direito no ciberespaço, visando preservar os direitos humanos fundamentais à privacidade e à proteção de dados pessoais.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração ao versar sobre a violação de direitos fundamentais nos *sites* de redes sociais, principalmente no *Facebook*, é o fato de a relação entre os usuários e o *site* poder ser interpretada como uma relação de consumo. O *Facebook* oferece aos seus usuários um serviço mediante remuneração indireta, já os internautas adquirem esse serviço como destinatários finais (BRASIL, 2014). Essa relação é consubstanciada pelos contratantes através da aceitação de um contrato de adesão firmado para a utilização da rede social.

Sabe-se que o Direito do Consumidor visa proteger a parte considerada mais vulnerável na relação de consumo. A própria Constituição Federal (BRASIL, 2014) em seu art. 5º, inc. XXXII, dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Levando em consideração a abordagem do presente estudo, um integrante do *site* de relacionamento *Facebook* que tenha seus direitos fundamentais violados por outro internauta, tem direito à colaboração do provedor de aplicação para a identificação do autor da ofensa, pois do contrário fica impedido de ajuizar eventual ação de reparação civil. O segundo tópico desse artigo pretende discutir a obrigação do *site* de relacionamento *Facebook* na verificação e identificação do efetivo causador do dano, dever de colaboração que decorre da boa-fé objetiva e que deve ser prestado como forma a auxiliar o Poder Judiciário. Para tanto será enfatizado o direito constitucional ao acesso à justiça e os princípios da boa-fé objetiva e da confiança presentes nas relações de consumo. Também serão abordadas as normas que regulamentam o tema no Marco Civil da *Internet*.

2 A OBRIGAÇÃO DO PROVEDOR DE AUXILIAR O PODER JUDICIÁRIO COM A IDENTIFICAÇÃO DOS OFENSORES.

Muito embora os *sites* de relacionamento proporcionem aos seus usuários inúmeros benefícios, também são ambientes propícios para a prática de ilícitos. Alguns internautas que se utilizam do *Facebook*, por exemplo, acreditam estar vivendo em um mundo paralelo, em que as regras gerais de

convivência e as normas legais não se aplicam. Esse pensamento faz com que algumas pessoas violem direitos fundamentais, como intimidade, vida privada, honra e imagem, de outrem. Aquele que se sentiu prejudicado, por sua vez, tem a possibilidade de ingressar com uma ação judicial para a reparação do dano sofrido, seja moral ou material. O grande problema é que muitas vezes o ofensor não é identificável, pois pode se utilizar de perfis falsos, restando ao provedor o dever de descobrir a sua real identidade ou o local de onde proveio o material ofensivo.

Ao se falar de “ação judicial” deve-se evocar outro direito fundamental, qual seja, o direito de acesso à justiça. Esse deve ser observado sob dois aspectos. Por um lado o acesso à justiça significa a garantia que as pessoas têm de buscar o amparo do Poder Judiciário almejando a sua proteção. Por outro, esse direito visa não somente o reconhecimento e a declaração de outros direitos, mas, principalmente, a sua efetivação (CARVALHO, 2008, p.17).

Tratando do tema, Paroski (2008, p.166) afirma que, em razão dos avanços tecnológicos, o estudo acerca do acesso à justiça tem se tornado extremamente relevante, pois está “[...] exigindo novos métodos de interpretação e a permanente revisão dos conceitos de certos institutos jurídicos, para que sejam compostos com justiça, em harmonia com os objetivos fundamentais da república [...]”.

Dessa forma, o internauta que se sentir prejudicado em razão de materiais ilícitos disponibilizados por terceiros no *Facebook* tem a prerrogativa de acessar o Poder Judiciário e, mais do que isso, possui a garantia de que seus direitos serão colocados em prática. No entanto, todo esse conjunto de possibilidades pode sofrer limitações, uma delas ocorre quando o causador do dano não puder ser identificado ou quando não puder ser confirmado o local de onde provieram os ilícitos. Isso faz com que o ofendido se volte contra o meio de comunicação pelo qual esses conteúdos foram divulgados, que, nesse caso, é o *Facebook*.

É possível analisar essa relação usuário-provedor de acordo com dois princípios importantes que norteiam as relações de consumo, quais sejam: princípio da boa-fé objetiva e princípio da confiança. A boa-fé objetiva

pressupõe que “A conduta do indivíduo deve observar deveres de lealdade, honestidade e retidão. Deve agir, primordialmente, espelhado na conduta que se espera da outra parte contratante.” (SALGARELLI, 2010, p.27). A confiança, por sua vez, é o que irá tornar possível a contratação entre esses sujeitos, visto que é com base na aparência e na presença confiável do provedor que os negócios jurídicos serão firmados e perpetuados na *Internet* (SALGARELLI, 2010, p.117). O usuário, portanto, ao adentrar no *Facebook* espera desse provedor a manutenção do mínimo de segurança possível na rede.

Para abrir uma conta nesse *site* de relacionamento, logo na sua página inicial (www.facebook.com) já são exigidos alguns dados pessoais básicos como: nome, sobrenome, e-mail ou número do celular, data de nascimento e sexo. Aquele que preencher esses dados e *clicar* em “abrir uma conta” está automaticamente concordando com os termos do *Facebook* e que leu a política de dados do *site*, incluindo o uso de *cookies*. Sabe-se que poucas pessoas realmente leem todas essas cláusulas, mas deveriam, pois elas podem esclarecer muitas dúvidas dos usuários.

Consta na Política de Dados do *site* (FACEBOOK, 2015) os tipos de informações que o *Facebook* coleta. Dentre elas podem-se citar os conteúdos e as informações transmitidas pelos internautas, inclusive quando se cadastram em uma conta, criam ou compartilham conteúdos, enviam mensagens ou se comunicam com outros. O *site* também reúne informações sobre computadores, telefones e outros dispositivos em que o *Facebook* possa ser acessado, como sua localização e endereço IP. Tudo isso serve para, além de outras coisas, proporcionar segurança aos usuários, pois dessa forma a rede social pode investigar atividades suspeitas ou a violação de seus termos ou suas políticas (FACEBOOK, 2015).

É possível constatar que o *site* pode controlar praticamente tudo o que acontece naquele ambiente, inclusive quando terceiros violam direitos fundamentais de seus usuários. No entanto, o *Facebook* não pode simplesmente censurar toda e qualquer atividade suspeita, pois se assim o fizesse estaria violando a liberdade de expressão dos internautas. O que o *site* pode e deve fazer é colaborar com a identificação e/ou localização do ofensor

para que o Poder Judiciário adote as devidas providências legais. É por isso que em uma das cláusulas da Política de Dados do *Facebook* (FACEBOOK, 2015) o *site* responde a indagação “Como respondemos a solicitações judiciais ou evitamos danos?” da seguinte forma:

Nós podemos acessar, reter e compartilhar suas informações em resposta a uma solicitação judicial (como um mandado de busca, ordem judicial ou intimação) se acreditarmos em boa fé que a lei nos obriga a fazer isso. Isso pode incluir a resposta a solicitações judiciais de jurisdições fora dos Estados Unidos quando acreditarmos de boa fé que a resposta é exigida por lei na jurisdição em questão, diz respeito aos usuários na jurisdição em questão e está em conformidade com padrões reconhecidos internacionalmente. Nós também podemos acessar, reter e compartilhar informações quando acreditarmos em boa fé que isso se faz necessário para: detectar, impedir e tratar fraudes e outras atividades ilegais; para nos proteger, proteger você e outros, inclusive como parte de investigações; ou impedir mortes ou lesões corporais iminentes. Por exemplo, podemos transmitir informações para parceiros externos sobre a confiabilidade da sua conta para impedir fraudes e abusos dentro e fora dos nossos Serviços. As informações que recebemos sobre você, incluindo dados de transações financeiras relacionadas a compras feitas com o Facebook, podem ser processadas e permanecerem retidas por um período longo quando sujeitas a solicitações ou obrigações legais, investigações governamentais ou investigações referentes a possíveis violações de nossos termos e políticas, ou como forma de preveni-las. Poderemos também reter informações de contas desativadas por violar nossos termos por, no mínimo, 1 ano, a fim de evitar outros abusos ou violações de nossos termos.

Malheiros (2014, p.80) afirma que “[...] a exigência de verificação cadastral prévia se configura em medida de segurança mínima que o consumidor pode esperar.”. Isso facilitaria a identificação de perfis falsos, evitando problemas futuros que possam vir a ocorrer na rede social. Todas essas medidas reafirmam a boa-fé objetiva e a confiança existente entre o *Facebook* e os seus usuários, além de auxiliarem o Poder Judiciário face a uma eventual ação. Portanto, não há desculpa plausível para que o *site* de relacionamento não forneça todos os dados exigidos pelos órgãos julgadores para uma melhor solução dos litígios.

Após o advento do Marco Civil da *Internet* algumas situações foram regulamentadas. Monteiro (2014, p.142) explica que enquanto não existir outra solução mais adequada, devem os provedores continuar coletando e

armazenando dados de seus usuários, pois somente assim é que os ilícitos poderão ser resolvidos.

O dever de o provedor de aplicações colaborar com o Poder Judiciário se manifesta no teor do art. 10, § 1º da nova lei (BRASIL, 2014) segundo o qual:

O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

Monteiro (2014, p.150) afirma que esse dispositivo legal poderia ter sido melhor redigido, pois dá a entender que os registros podem ser fornecidos sem ordem judicial, o que viola a privacidade dos internautas. Em contrapartida, o § 2º do mesmo artigo (BRASIL, 2014) é claro em afirmar que “O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial [...]”, o que talvez tenha sido previsto com o objetivo de melhor tutelar a intimidade dos usuários, cujos registros de conteúdos das comunicações devem ser fornecidos somente frente a uma ordem judicial.

No entanto, se por um lado essa previsão legal objetiva tutelar esses direitos e evitar a censura, por outro a situação da vítima da violação pode ficar complicada, pois os provedores de aplicação somente responderão judicialmente, indenizando os usuários, caso não seja atendida determinação judicial expressa para a retirada de conteúdos. Ocorre que muitas vezes a vítima necessita de informações céleres sobre a identificação do IP de onde partiu a violação ou de quem a compartilhou, encontrando resistência do provedor em colaborar com os dados que lhe possibilitarão o acesso à justiça contra o ofensor.

Essa conduta, no entanto, fere o dever de colaboração que se espera do provedor, que além de ter que observar os princípios norteadores da relação consumerista, também se encontra vinculado aos direitos fundamentais. Com efeito, o constitucionalismo contemporâneo ancora-se na ideia de que os direitos fundamentais não devem apenas ser respeitados e

promovidos pelo Estado, mas sua observância vincula os particulares, produzindo eficácia direta e imediata (SARLET, 2006). Analisar o tema sob a teoria da constitucionalização dos direitos torna inescusável a justificativa dos provedores, restando ver qual o entendimento do Poder Judiciário na solução prática desses problemas, tema que será abordado no próximo tópico.

3 A POSIÇÃO DO TJ/SP SOBRE O TEMA.

Ainda que o Marco Civil da *Internet* seja recente e necessite de regulamentação legal, o dever de colaboração dos provedores e de quem atua com aplicativos que permitam a rápida disseminação de mensagens já tem sido aplicada pelo Poder Judiciário brasileiro.

Conforme identificado em dois casos julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, quem explora essas tecnologias tem o dever de colaborar com o usuário que teve sua honra atingida, quer se trate de pessoa física, quer seja pessoa jurídica. Assim, as empresas que atuam no segmento e auferem lucros não podem se furtar de informar os dados de quem fez a publicação ou a compartilhou, conforme se denotam dos dois casos a seguir narrados.

Em ambos os casos há elementos comuns, quais sejam a presença do *Facebook*, de um lado, e de outro as alegações recorrentes sobre seu dever de tutelar a intimidade e a privacidade dos seus usuários, ao que se soma a alegada impossibilidade de fornecer todos os dados solicitados.

Apesar das defesas proferidas, essas alegações não podem ser acolhidas pelo Poder Judiciário, devendo ser afastadas em homenagem ao dever de colaboração que deriva da boa-fé objetiva, princípio norteador das relações de consumo. Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça paulista em dois casos recentes, que versam sobre ataque a honra de pessoas físicas cujos direitos fundamentais foram atingidos.

O primeiro caso é o Agravo de Instrumento nº 2099925-47.2014.8.26.0000, no qual o Facebook Serviços Online do Brasil Ltda foi Agravante e Cristiane Araújo Reis foi Agravada. Os fatos versam sobre a criação de perfis falsos relacionados à agravada no *Facebook*, com a

finalidade de veicular conteúdos jocosos, vexatórios e ofensivos à sua imagem. Essa, por sua vez, requereu que a agravante excluísse os perfis falsos da rede social e fornecesse o endereço IP dos seus criadores, sob pena de multa diária no valor de mil reais.

A agravante, no entanto, sustentou que não poderia fornecer o endereço IP, visto não manter esses dados em seus cadastros. Alegou, também, não haver legislação em vigor que a obrigasse a armazenar essas informações em seu provedor.

Ao analisar as alegações da agravante, o Tribunal entendeu que os provedores de hospedagem devem manter os registros dos endereços IP de seus usuários, afirmando que:

Embora a Lei nº 12.956/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, ainda não estivesse em vigor na data dos fatos, é razoável exigir da agravante que armazene os números de *internet protocol* dos que disponibilizam conteúdo por seu intermédio, por breve período, mesmo após a desativação de suas páginas pessoais. (BRASIL, 2014).

Percebe-se, portanto, que mesmo antes da entrada em vigor do Marco Civil da *Internet* já havia a presunção do dever de esses provedores guardarem os dados respectivos relacionados aos seus usuários, pois sem eles a identificação dos mesmos, para uma posterior ação de reparação de danos, fica prejudicada, maculando-se o direito de acesso ao Poder Judiciário, garantido pela Constituição Federal de 1988.

O segundo caso é a Apelação nº 0012572-06.2012.8.26.0248, na qual o Facebook Serviços Online do Brasil Ltda foi Apelante e Mariana Simini Altimeri e outra foram Apeladas. Os relatos do acontecimento proferidos pelas apeladas são no sentido de que, o perfil de uma delas no *Facebook* fora invadido por *cracker*. O invasor teria publicado conteúdo vexatório sobre a apelada na forma de fotos obscenas e alegações de que ela seria prostituta, além de fornecer o número dos telefones de ambas as apeladas. Dentre os pedidos feitos por essas, está o fornecimento de dados referentes aos invasores.

A apelante, por sua vez, alegou não dispor desses dados, o que foi rejeitado pelo Tribunal, visto que o provedor tem o dever de informar os dados de seus usuários nesses casos. Além do mais, a apelante não demonstrou a impossibilidade em provê-los e, em casos similares, confessou que armazena dados, como o IP, de todos os usuários do *site*.

Diante desses dois casos, é possível corroborar tudo aquilo que foi explorado anteriormente, de modo a confirmar que os *sites* de relacionamento, especialmente o *Facebook*, devem manter registros que possam identificar todos os seus usuários, para que, quando solicitados pelos órgãos julgadores, possam ser fornecidos sem escusas.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se dizer que nos dias de hoje há uma preocupação cada vez maior com aquilo que as pessoas expressam no *ciberespaço*. Sabe-se que a liberdade de expressão é um direito de todos, reconhecido constitucionalmente, todavia, alguns internautas se utilizam dessa prerrogativa de forma a violar a honra e a imagem de outras pessoas, o que fere os direitos fundamentais dos atingidos.

O *site* de relacionamento *Facebook* é a rede social mais utilizada no mundo e, por isso, propensa à ocorrência de ilícitos como esses. As ferramentas de publicar, curtir e compartilhar conteúdos disponibilizadas no *site* muitas vezes são utilizadas pelos infratores para ofender integrantes da rede, o que viola inúmeros direitos fundamentais, tais como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos internautas.

Sabe-se que os direitos fundamentais relacionados à personalidade são merecedores de maior proteção e cuidado por parte dos Estados, que destinam lugar de destaque em suas Cartas Políticas, a exemplo do Brasil. Tal se justifica porque o seu respeito é condição de possibilidade à concretização da dignidade humana, o que provoca inclusive a sua dispersão em âmbito infraconstitucional, com dispositivos que resguardam os direitos fundamentais no Código de Defesa do Consumidor e mais recentemente em diversos

dispositivos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da *Internet*). Essa reafirmação em vários diplomas legais corrobora o fato de serem direitos intrínsecos a cada indivíduo, dignos de respeito e que não podem ser infringidos, embora, havendo confronto entre eles, possam ser flexibilizados.

Quando um usuário do *Facebook* ofende outro, aquele muitas vezes não pode ser identificado, dentre os diversos motivos, por estar se utilizando de perfis falsos. Assim, para que o ofendido possa ingressar com uma ação de reparação civil contra o ofensor, necessita do auxílio do provedor para fornecer-lhe os dados necessários sobre o usuário.

Esse dever que o *site* de relacionamento tem de armazenar todos os dados dos integrantes da rede é consubstanciado pelos princípios da confiança e da boa-fé objetiva, derivados do Direito do Consumidor. Ademais, o direito de acesso à justiça pressupõe mais do que simplesmente poder buscar o Poder Judiciário, mas também a garantia que as pessoas tem de verem os seus direitos assegurados.

O próprio *Facebook* argumenta, em seus termos, que armazena todas as informações que seus integrantes dispõem na rede, inclusive afirma possuir as localizações e os endereços IP de todos eles, para poder saber de onde provieram os materiais. No entanto, os casos narrados demonstraram que, quando solicitado, o provedor usualmente se escusa ou interpõe obstáculos para colaborar, falhando com a responsabilidade que deve ter, decorrente da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Nos dois casos julgados pelo Tribunal de Justiça paulista constatou-se a recusa do provedor em fornecer os dados solicitados pelo titular dos direitos violados. Tal recusa é injustificada e claramente prejudicial aos direitos do usuário dos serviços, pois a demora em saber quem realizou a violação o impede ou dificulta seu acesso à justiça para obter a reparação que lhe é devida.

Revela, de igual forma, que o mercado, sobretudo as empresas que atuam neste poderoso segmento, ainda resistem em adotar posturas que denotem comprometimento social com os direitos fundamentais. Essa resistência exige a atuação ainda mais vigilante e comprometida, tanto por

parte da academia, cujo dever de discutir e denunciar tais práticas se amplia, quanto do Poder Judiciário, responsável por impor deveres e responsabilizar os agentes que queiram se furtar ao dever de colaborar para o respeito dos direitos fundamentais dos internautas.

REFERÊNCIAS

- BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges. **A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil.** Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p109>>. Acesso em: 23 abr. 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BRASIL. Comitê Gestor da Internet no Brasil. **TIC domicílios e empresas 2013: pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e comunicação no Brasil.** São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_DOM_EMP_2013_livro_eletronico.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2015.
- _____. **Código de Defesa do Consumidor.** Vade Mecum Saraiva: OAB e concursos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Constituição Federal de 1988.** Vade Mecum Saraiva: OAB e concursos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. Governo lança debate público sobre regulamentação de lei e anteprojeto. **Ministério da Justiça:** governo federal, 2015.
- _____. **Marco Civil da Internet.** Vade Mecum Saraiva: OAB e concursos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0012572-06.2012.8.26.0248.** Relator Paulo Eduardo Razuk. São Paulo, 27 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8151343&cdForo=0>>. Acesso em: 28 abr. 2015.
- _____. _____. **Agravo de Instrumento nº 2099925-47.2014.8.26.0000.** Relator Milton Paulo de Carvalho Filho. São Paulo, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7754938&cdForo=0&vIcAptcha=kutwj>>; Acesso em: 28 abr. 2015.

CARVALHO, Acélio Rodrigues. Acesso à justiça e a universalização da tutela coletiva. In: FACHIN, Zulmar et. al. (Coords.). **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia internet**: reflexões sobre internet, negócios e sociedade. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais**: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

FACEBOOK. **Declaração de Direitos e Responsabilidades**. 2015. Disponível em: <<https://www.facebook.com/legal/terms>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

FACEBOOK. **Política de Dados**. 2015. Disponível em: <<https://www.facebook.com/about/privacy>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no Marco Civil da Internet. In: MASSO, Fabiano Dolenc Del; ABRUSIO, Juliana; FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.27-40.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexó interno. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 11-28.

KIRKPATRICK, David. **O efeito Facebook**: os bastidores da história da empresa que conecta o mundo. Livro digital. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011.

LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coords.). **Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.79-95.

MALHEIROS, Álvaro Fernando Cassol. **Responsabilidade civil das redes sociais na internet por dano decorrente de conteúdo gerado através de perfil falso**. (Trabalho de conclusão de curso), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/112012/000951726.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

MONTEIRO, Renato Leite. Da proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas. In: MASSO, Fabiano Dolenc Del; ABRUSIO, Juliana; FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.139-153.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição.** São Paulo: LTr, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2005.

RODRIGUES JR., Álvaro. **Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle.** Curitiba: Juruá, 2009.

SALGARELLI, Kelly Cristina. **Direito do consumidor no comércio eletrônico: uma abordagem sobre confiança e boa-fé.** 1. ed. São Paulo: Ícone, 2010.

SANTOS, José Manuel Vera. **Derechos fundamentales, Internet y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.** In: MEXÍA, Pablo García (director). **Principios de derecho de Internet.** 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch: 2005, p. 189-246.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO JR., José Humberto. **A responsabilidade civil dos provedores de hospedagem frente aos atos praticados pelos seus usuários e terceiros.** 2010. Dissertação (Mestrado em Educação), Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2010/Josehumbertosoutojunioraresponsabilidadecivildosprovedores.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

STATISTA. **Leading social networks worldwide as of March 2015, ranked by number of active users (in millions),** 2015. Disponível em: <<http://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>>. Acesso em: 21 abr. 2015.