

Decisão monocrática nº 515/2012

Mandado de Segurança nº 607-64.2012.6.26.0000

Impetrantes: Google Brasil Internet Ltda.; Edmundo Luiz Pinto Balthazar

Impetrados: Juiz da 305ª Zona Eleitoral de Ribeirão Preto

Procedência: Ribeirão Preto-SP (305ª Zona Eleitoral - Ribeirão Preto)

Vistos estes autos de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Google Brasil Internet Ltda. e Edmundo Luiz Pinto Balthazar, contra ato do Juiz da 305ª Zona Eleitoral de Ribeirão Preto.

Alegaram os impetrantes, em resumo, ofensa a direito líquido e certo, porquanto a autoridade coatora, sem observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, impôs à primeira impetrante a obrigação de providenciar a suspensão do conteúdo de um blog que estaria veiculando propaganda eleitoral vedada, sob pena de multa diária fixada na exorbitante quantia de R\$ 50.000,00, além de determinar o fornecimento dos dados identificadores do terceiro que se utiliza do referido blog para ser incluído no polo passivo na Ação nº 144-80.2012.6.26.0305. Alegaram ser cabível o mandamus, tendo em vista que a decisão interlocutória é manifestamente ilegal e teratológica, proferida contra garantias constitucionais, como a liberdade de imprensa e a razoável duração do processo. Disseram que não deve preponderar o privilégio da honra e da imagem de pessoas que almejam cargo público em detrimento ao direito à liberdade de comunicação e de acesso à informação. Aduziram que os textos postados no blog não podem ser considerados como propaganda eleitoral irregular, mas sim exercício da liberdade de expressão e de pensamento. Afirmaram ser impossível promover a responsabilização do hospedeiro do blog, devendo ser considerada a empresa Google parte ilegítima para figurar no polo passivo da representação originária. Alegaram que a autoridade impetrada deveria ter decidido a indigitada representação até a data de 15/09/2012, contudo, até a presente data não proferiu julgamento. Teceram comentários sobre a existência do *fumus boni iuris*, dizendo que a matéria discutida não é afeta à competência da Justiça Eleitoral e, ainda, que a empresa Google é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda principal. Quanto ao *periculum in mora* acreditam restar evidente em razão da imposição de multa diária e provável instauração de procedimento criminal. Pediram a concessão da medida liminar para que seja sustada imposição de multa ou outra medida coercitiva e, ao final, a confirmação

da ordem, para que seja declarada a nulidade dos atos coatores ora combatidos ou a redução do valor da multa imposta (fls. 2/24).

É a exposição da causa.

Inicialmente releva notar que a Justiça Eleitoral é competente para apreciar casos envolvendo propaganda eleitoral, cuja matéria é regulada tanto no Código Eleitoral, por meio dos artigos 240 a 256, como na Lei das Eleições em seus artigos 35 a 57.

O caso dos autos é de indeferimento da inicial, tendo em vista que o direito invocado pelos impetrantes não se reveste dos requisitos de liquidez e certeza.

Com efeito, o ato apontado como ilegal consiste no deferimento "da tutela de urgência para o fim de determinar à requerida Google Brasil Internet Ltda., no prazo de até 24h, que suspenda todo o conteúdo descrito nos itens 2 e 3 da inicial, preservando-se os logs - Ips, data e horário GMT relacionados ao blog - Marcio Francisco - hospedado no endereço <http://marciofrancisco.blogspot.com.br>, sob pena de imposição de multa diária de R\$ 50.000,00. Outrossim, em até cinco dias, deverá a requerida fornecer o nome, endereço e demais dados cadastrais daquele que requereu a hospedagem do endereço <http://marciofrancisco.blogspot.com.br>, para o fim de futura inclusão no polo passivo (artigo 47, do Código do Processo Civil)" (fls. 87).

Releva notar que a decisão impugnada não pode ser considerada teratológica, porquanto possível a responsabilidade do provedor de conteúdo, conforme disposto no artigo 57-F da Lei nº 9.504/97, o qual estabelece que: "Aplicam-se ao provedor de conteúdo e de serviços multimídia que hospeda a divulgação da propaganda eleitoral de candidato, de partido ou de coligação as penalidades previstas nesta Lei, se, no prazo determinado pela Justiça Eleitoral, contado a partir da notificação de decisão sobre a existência de propaganda irregular, não tomar providências para a cessação dessa divulgação".

Em que pese as alegações dos impetrantes de que houve violação a preceitos constitucionais, tais como o acesso à informação e liberdade de expressão, destaca-se que esses princípios não são absolutos, devendo o

intérprete fazer a necessária ponderação. Em caso envolvendo o primeiro impetrante, assim se manifestou o Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba: "O provedor de conteúdo ou de serviços multimídia só será considerado responsável pela divulgação da propaganda se a publicação do material foi comprovadamente de seu prévio conhecimento (ART. 57-F DA LEI N. 9504/97). Tendo em vista o caráter ofensivo da propaganda, julga-se procedente ação cautelar para retirada do conteúdo, bem como aplicação de multa pelo descumprimento da liminar da qual o provedor fora notificado" (Ação cautelar nº 74033348, rel. Rodrigo Marques Silva Lima, DJe de 29/11/2010).

De outro lado, no tocante à responsabilidade dos impetrantes, deve ser ressaltado que os mesmos não estão sendo punidos por ato de terceiros, isto é, não estão sendo sancionados por causa do conteúdo divulgado no blog. A sanção a ser imposta decorre do descumprimento da decisão do Juiz Eleitoral que determinou aos impetrantes, provedores de hospedagem do referido blog objeto daqueles autos e, portanto, detentores da faculdade de impedir o acesso ao mesmo, isto é, de retirá-lo da internet.

Aliás, este egrégio Tribunal já se manifestou em caso semelhante ao pleiteado pelos impetrantes, cujo excerto do voto condutor do aresto merece ser transcrito:

"Destacou-se na decisão liminar a necessidade de afastar o controle prévio de conteúdo das programações, em virtude das garantias constitucionais relativas à liberdade de informação e proibição à censura. Não significa, no entanto, liberdade para prosseguir veiculando propaganda ou vídeos com ofensas ou conteúdo negativo, o que diz respeito ao controle "a posteriori". Assim, não se trata de censura, incidindo outras garantias constitucionais para proteção da dignidade e da honra das pessoas.

Por conseguinte, a decisão noticiada em nada afeta a questão que foi aqui analisada, relativa à possibilidade de determinar a retirada de vídeo disponibilizado na "internet" com conteúdo ofensivo a candidato e propaganda de práticas ilegais.

Analisou-se a questão da responsabilidade do provedor, distinguindo-se provedor de acesso, provedor de conteúdo e os chamados provedores

hospedeiros, que prestam serviço de natureza diversa, conforme precedentes neste Tribunal (RP nº 376/08, Juiz Francisco Carlos I. Shintate, de 11.05.2008).

Consignou-se, nos termos daquela decisão, o acerto do ilustre julgador, que o provedor de acesso exerce um serviço de intermediação entre o usuário e a rede, vale dizer, é a pessoa que presta ao usuário o serviço de conexão à "Internet" por meio de contrato de prestação de serviços, em que o usuário é responsável pelo conteúdo de suas mensagens e pelo uso propriamente dito, obrigando-se ele a prestar o serviço de conexão à rede.

Já o provedor de conteúdo presta o serviço de oferta de informação por meio da "Internet", enquanto o provedor de hospedagem oferece o serviço de manutenção e suporte técnico, em seus servidores, de páginas ou sítios, permitindo o seu acesso pelos usuários da rede, sem que tenham controle sobre o conteúdo, ao contrário do provedor de conteúdo.

Aceita tal classificação, as empresas requeridas seriam provedores de hospedagem, analisando-se, então, sua responsabilidade pelo conteúdo produzido por terceiros e disponibilizado ao público em geral em razão da sua atuação como prestadora de serviços.

Duas orientações foram destacadas, ora reconhecendo responsabilidade sem culpa, pelo risco da atividade, ora afirmando que é caso de responsabilidade subjetiva.

Para configuração da responsabilidade subjetiva, afirma Claudia Marini Ísola:

'A questão torna-se um pouco mais polêmica no que diz respeito aos provedores de armazenamento de dados, ou seja, aqueles que, basicamente, 'alugam' espaços em seus discos rígidos para manter o web site de terceiros conectado à Grande Rede, para acesso mundial. Muito se questiona a responsabilidade do provedor de armazenamento que hospeda uma home page que possua conteúdo ilícito. Nessa hipótese, da mesma forma que ocorre com os provedores de acesso, é impossível ao provedor armazenador conhecer o conteúdo de todos os sites que abriga. Contudo, caso o provedor venha a ter ciência comprovada do conteúdo prejudicial de um site por ele hospedado, terá que imediatamente suspender a publicação daquela página, para não vir a ser responsabilizado civilmente ou até

criminalmente por cumplicidade oriunda de sua omissão.' (ÍSOLA, Claudia Marini. Responsabilidade dos Provedores. in Revista de Serviços da Federação de Serviços do Estado de São Paulo. Disponível em: . Acesso em 10.09.08).

Outros autores reconhecem a responsabilidade objetiva do provedor de acesso, com fulcro na teoria do risco. Assim, o provedor seria responsável pelas atividades dos que hospedam sítios em seus servidores, por força do artigo 927 e parágrafo único do novo Código Civil.

Decidiu-se pela aplicação, por analogia, do disposto no artigo 57-F, 'caput', da Lei nº 9.504/97 e do artigo 24 da Resolução TSE nº 23.191/09, reconhecendo-se a responsabilidade do provedor de conteúdo caso não tome as providências determinadas após notificação.

Observou-se que a "Google" Brasil Internet LTDA vem postergando o cumprimento da liminar sem justificativa plausível.

A fim de evitar o anonimato, entendeu-se que o provedor responde por eventual dificuldade na identificação daquele que disponibilizou o vídeo e pelos danos causados.

Ressaltou-se, finalmente, sermos todos favoráveis à manutenção da 'Internet' como espaço livre e democrático, com menores restrições de divulgação de conteúdos do que outras mídias, diante da ausência de interferência prévia dos gestores,

Entretanto, tal posicionamento não autoriza descompromisso dos gestores com outros valores e princípios igualmente relevantes para a ordem democrática, como o respeito à dignidade e à honra das pessoas, o respeito às leis e às instituições e o reconhecimento da relevância dos meios de comunicação.

Exatamente para manutenção das liberdades é que são necessárias medidas de contenção de abusos e excessos, as quais também estão sujeitas a controles, mas não podem simplesmente ser ignoradas ou postergadas apenas por interesse econômico.

Assim, no presente caso, a 'Google' Brasil Internet LTDA, além de ter descumprido determinação judicial em sede de liminar e o despacho que a

manteve (fl. 267), -pois ainda hoje o vídeo impugnado está à disposição dos internautas, como constatei pessoalmente,- incorreu na infração legal passível de multa e prevista no artigo 45, § 2º, da Lei nº 9.504/97, artigo 28, § 4º, da Resolução TSE nº 23.191/09, c/c o artigo 57-F da Lei nº 9.504/97, observado o artigo 14, IX, da Resolução nº 23.191/2010, quando estabelece textualmente: que não será tolerada propaganda que 'caluniar, difamar, injuriar qualquer pessoa'.

A decisão guerreada fixou a multa no valor de trinta mil reais (R\$.30.000,00), nos termos do artigo 57-C, § 2º, da Lei nº 9.504/97, patamar esse adequado para a justa reprovação da grave conduta, consideradas as peculiaridades do caso concreto, em especial o grande alcance da divulgação e a inegável capacidade econômica da recorrente, que pode muito bem suportá-la sem dificuldade, razão pela qual impossível entrever, na espécie, ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O pleito dos recorridos em sede de contrarrazões no sentido da majoração da multa é inviável, pois não manejaram recurso para esse fim.

Além disso, em se tratando de obrigação de fazer, era também cabível a imposição de multa diária enquanto persistia o atraso e até o dia da eleição, nos termos do artigo 645 do Código de Processo Civil, e que poderia ser fixada de ofício (RSTJ 182/460 e AI 480.864-RS).

Por fim, cabe registrar ter esta Corte recentemente apreciado caso semelhante envolvendo as mesmas partes, tendo se concluído à unanimidade no mesmo sentido do ora decidido (Recurso na Representação nº 6467-17, relator Juiz Luís Francisco Aguilar Cortez, j. em 16/09/2010, acórdão publicado em Sessão)" (cf. TRE/SP, Recurso na Representação nº 8005-33, rel. Des. Mário Devienne Ferraz, DJe de 16/12/2010 - grifos no original).

Desta feita, como é cediço, para que seja concedida a ordem, não podem pairar dúvidas sobre o direito pleiteado, ao contrário do que se tem nestes autos. Leciona Pontes de Miranda que, "Para que haja certeza sobre o direito e haja a sua liquidez, é preciso que sobre a existência dele não paire dúvida, nem sobre a sua estrutura e extensão. Desde que o direito se irradia de fato jurídico, que se afirma e se mostra ter ocorrido e estar a produzir

efeitos, ou ter produzido, ou ir produzir aquele de que se trata, à pergunta 'Existe o direito, que se diz ofendido, ou ameaçado?', os juízes e tribunais somente podem responder: 'Sim'. Para se saber se o ato ilegal, positivo ou negativo, ou o abuso de poder atingiu ou pode atingir o direito que se invoca, e sobre cuja existência se pronunciou o juiz, ou tribunal, tem-se de conhecer a sua estrutura e a sua extensão". Concluindo, afirma o autor: "O direito existe, ou não existe; mas, existindo, pode depender de provas em dilações, e então é incerto e talvez ilíquido" (Tratado das Ações, 1ª ed., RT, 1976, t. VI, § 8, nº 3, pág. 56). De fato, "A prova há de ser documental e os documentos comprobatórios do fato não podem padecer de dúvida" (cf. Mandado de Segurança, 1ª ed., Fabris, 1986, pág. 57). Vale dizer, o impetrante "tem de fazer prova da liquidez e certeza do direito mediante prova documental pré-constituída" (STF, 1ª T., RMS 21.300/DF, rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 142/782).

Na linha do mesmo entendimento, explicam Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes: "Direito líquido e certo é o que apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais... Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. (...) Por se exigir situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante..." (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 32ª ed., Malheiros, 2000, 1ª parte, item 4, pág. 34).

Quanto ao pedido de redução da astreinte, o pleito não se mostra compatível com o presente mandado de segurança, devendo ser discutido na ação principal.

Essas as razões pelas quais se entende não ser possível conhecer do mandamus, manifestando-se aqui o quanto se tem como necessário e

suficiente à solução da causa, dentro da moldura em que apresentada e segundo o espectro da lide e legislação incidente na espécie.

Pelo exposto, reputando-se o impetrante carecedor do direito líquido e certo invocado, in limine litis, denego a ordem, restando prejudicado o exame da liminar.

Intime-se.

São Paulo, 28 de setembro de 2012.

(a) A. C. Mathias Coltro, relator"