

WÉVERTTON GABRIEL GOMES FLUMIGNAN

**Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da
Internet (Lei n. 12.965/14)**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Dra. Cíntia Rosa Pereira de Lima

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

WÉVERTTON GABRIEL GOMES FLUMIGNAN

**Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da
Internet (Lei n. 12.965/14)**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob orientação da Prof. (a) Dra. Cíntia Rosa Pereira de Lima.

Versão corrigida em 19 de julho de 2018, conforme orientações da banca de dissertação de mestrado. A versão original, em formato eletrônico, encontra-se disponível na CPG da unidade.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

Flumignan, Wévertton Gabriel Gomes

Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da internet (Lei n. 12.965/14) / Wévertton Gabriel Gomes Flumignan ; orientadora Cíntia Rosa Pereira de Lima -- São Paulo, 2018.

169 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Responsabilidade civil. 2. Provedores de internet. 3. Indenização. 4. Marco Civil da Internet. 5. Liberdade de expressão. 6. Privacidade I. Flumignan, Wévertton Gabriel Gomes. Cíntia Rosa Pereira de Lima. II. Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da internet (Lei n. 12.965/14).

**Aos meus pais,
irmãos e sobrinha.**

Agradecimentos

A Deus, por permitir a realização desse sonho mesmo com inúmeros desafios. A superação da distância de minha família nos momentos mais delicados somente foi possível pela fé.

A minha querida orientadora, Dra. Cíntia Rosa Pereira de Lima, pela confiança, orientação e apoio incondicional. Serei eternamente grato. Exemplo de dedicação ao Direito e à Docência.

Aos professores Drs. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e Antonio Carlos Morato pelas orientações, sugestões e recomendações. Todas foram de grande relevância para o trabalho.

Aos meus pais e maiores exemplos de vida e de profissão, Silvano e Jane, por terem me proporcionado o privilégio do estudo com muito esforço e superação e por nos mostrarem que o trabalho árduo e o conhecimento transformam as pessoas. Aos pilares da nossa família, todo o meu amor e a minha eterna gratidão.

Aos meus irmãos, Ronald e Silvano, pelos incentivos quando surgia o desânimo, pela cumplicidade de uma vida juntos e pelos conselhos. A dedicação à Docência de ambos é o que me motiva a seguir em frente e a sempre acreditar na importância dos professores para a formação de uma sociedade mais justa.

A minha amada sobrinha e afilhada Julia, que veio completar a nossa família e aumentar os laços de amor e afeto que sempre nos uniram.

Aos meus amigos, pelos momentos de descontração e conversas quando mais precisava durante este trabalho.

Aos companheiros e amigos de mestrado Caroline Narvaez Leite, Daphne Noronha Hachul, Livia Froner e Ricardo Nicotra, com quem pude conviver, compartilhar e, acima de tudo, aprender muito durante a dissertação de mestrado.

À minha amada namorada, que suportou todas as minhas inseguranças, estresses e desilusões sem nunca deixar de acreditar que esse sonho seria possível.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), na qual tive a oportunidade e o privilégio de cursar a graduação com excelentes

profissionais e amigos, sendo grande responsável pela minha formação profissional e pessoal e a base do meu conhecimento jurídico. Nela eu aprendi a amar o Direito que carrego em meu coração e nas minhas ações diárias. Os ensinamentos ali aprendidos eu carregarei por toda a minha vida.

À Faculdade de Direito da USP (FDUSP), que me acolheu e hoje faz parte da minha vida e da minha história. Agradeço imensamente a confiança em mim depositada e a possibilidade de realizar mais um objetivo. Nela tive a honra de conhecer professores e colegas que se tornaram grandes amigos, os quais levarei para a vida.

RESUMO

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). 2018. 169 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

O presente trabalho visa analisar a responsabilidade civil dos provedores de internet com o advento do Marco Civil da Internet. Antes da promulgação da Lei n. 12.965/14, resolvia-se o conflito aplicando-se o Código Civil de 2002 ou o Código de Defesa do Consumidor. Com o advento da Lei n. 12.965/14, diversas mudanças ocorreram na responsabilização civil dos provedores. O Código de Defesa do Consumidor, que possuía *status* de norma constitucional e consolidou diversos direitos aos usuários, foi substituído pela Lei n. 12.965/14 nas relações via Internet. Essa sucessão de leis no tempo gerou grande celeuma doutrinária. Alguns sustentaram, inclusive, a inconstitucionalidade do Marco Civil da Internet nos pontos em que suprimia direitos já consolidados. Indo ao encontro do posicionamento da Espanha, Itália e outros países, o Brasil, através da Lei n. 12.965/14, optou pela mudança no que concerne ao período de guarda das informações pelos provedores, mudando entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça baseado no Código Civil de 2002. Além disso, mudou a forma de notificação dos provedores por conteúdo ilícito, onerando o usuário e acarretando em um acúmulo de processos no judiciário brasileiro. Tais mudanças merecem um estudo mais aprofundado, analisando a responsabilidade dos provedores com a jurisprudência e doutrina anteriores ao Marco Civil da Internet e a legislação posterior, traçando um paralelo e uma solução aos conflitos ora elencados.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; provedores de internet; indenização; Marco Civil da Internet; liberdade de expressão; privacidade.

ABSTRACT

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. *Civil liability of providers on the Brazilian internet law (Law n. 12.965/14)*. 2018. 169 p. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2018.

This research aims to analyze of the civil liability of internet providers according to the Brazilian Internet Law. Before the promulgation of the Law n. 12.965/14, the conflicts had been solved by applying the tort law principles in Brazilian Civil Code or in Brazilian Consumer Defense Code. After the promulgation of the Law n. 12.965/14, there have been a number of changes regarding the civil liability of internet providers. The Brazilian Consumer Defense Code, which was regarded as a constitutional right and consolidated many rights of the users of internet providers, was replaced by the Law n. 12.965/14 in terms of internet based affairs, which could possibly generate a conflict-of-law, in which some jurists have been positioning themselves favorably to the unconstitutionality of the Brazilian Internet Law on topics that may suppress those consolidated rights. In line with legal positions of Spain, Italy and others countries, Brazil opted to change the period for which the provider would be able to legally keep its users personal, thus altering a universally accepted understanding from the Brazilian Superior Court of Justice, which was based on the Brazilian Civil Code. Besides that, the Law n. 12.965/14 has changed the form of provider's notifications for illicit content, burdening the user and consequently bringing an accumulation of legal proceedings on the Brazilian judiciary. Such changes deserve an in-depth study, in order to analyze the provider's civil liabilities according to case law and books of authority prior to the Brazilian Internet Law and the later legislation, building a side-by-side comparison and a solution to the presented conflicts.

Keywords: *Civil liability; internet providers; indemnity; Brazilian Internet Law; freedom of expression; privacy.*

SUMÁRIO

Introdução.....	12
Capítulo 1. BREVE HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/14).....	23
Capítulo 2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/14).....	29
2.1 Princípios da garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento	30
2.2 Princípio da proteção da privacidade.....	36
2.2.1 A privacidade ordinária do art. 19 da Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet)	39
2.2.2 A privacidade qualificada do art. 21 da Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet)	40
2.3 Princípio da proteção dos dados pessoais.....	44
2.4 Princípio da neutralidade de rede	50
2.4.1 Princípio da neutralidade de rede <i>versus</i> limite de dados.....	57
Capítulo 3. AS ESPÉCIES DE PROVEDORES SOB A ÓTICA DO MARCO CIVIL DA INTERNET	61
3.1 Provedores de conexão (Provedores de acesso)	63
3.2 Provedores de aplicações de internet.....	66
3.2.1 Provedores de correio eletrônico	67
3.2.2 Provedores de hospedagem (<i>hosting</i>).....	69
3.2.3 Provedores de conteúdo.....	70

Capítulo 4. A RESPONSABILIDADE COMO SISTEMA.....	73
4.1 Código Civil de 2002	73
4.2 Código de Defesa do Consumidor	75
4.3 Diálogo das fontes	80
4.4 Status constitucional do Código de Defesa do Consumidor e a sua incidência nas relações entre usuários e provedores	83
Capítulo 5. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES	87
5.1 Responsabilidade civil dos provedores de conexão.....	87
5.1.1 Responsabilidade civil dos provedores de conexão em outros países .	87
5.1.2 Responsabilidade civil dos provedores de conexão e a jurisprudência antes do Marco Civil da Internet	97
5.1.3 Responsabilidade civil dos provedores de conexão após o Marco Civil da Internet e análise da tendência dos Tribunais	103
5.2 Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet	110
5.2.1 Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet em outros países	110
5.2.2 Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet e a jurisprudência antes do Marco Civil da Internet	126
5.2.3 Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet após o Marco Civil da Internet e análise da tendência dos Tribunais.....	134
Capítulo 6. AVANÇOS E RETROCESSOS DO MARCO CIVIL DA INTERNET QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES	147
6.1 Argumentos favoráveis	147
6.2 Argumentos contrários.....	149

CONCLUSÃO 153

REFERÊNCIAS..... 160

Introdução

Atualmente vivemos em uma sociedade marcada pelo desenvolvimento constante de novas tecnologias, pela globalização intensa, pela velocidade das comunicações e por mudanças constantes: a chamada sociedade da informação.

A internet permite aos seus usuários o exercício de direitos básicos, tais como o de informar e ser informado, tornando a publicação em meio virtual acessível a qualquer público de forma rápida e prática. Ela é uma gigantesca fonte de informações, o que a transforma em um importante centro de encontro, de confronto e de troca de opiniões, de crescimento de relações interpessoais, com todas as vantagens e riscos das relações sociais¹.

O uso da internet difundiu-se de tal forma que seria impossível conceber a sociedade atual dissociada da relação interpessoal no meio cibernético com as suas variadas significações. A sua importância é latente em nossa sociedade, atingindo, inclusive, o próprio judiciário brasileiro, que adotou o chamado “processo eletrônico”.

Entretanto, como qualquer tecnologia, não há somente benefícios, sendo por vezes um mecanismo de oportunidades de prática de ilícitos, decorrendo, principalmente, do seu mau uso associado à capacidade difusora, o que levou o Poder Judiciário a buscar coibir as práticas abusivas, identificando os responsáveis e determinando reparação às vítimas.

O comércio eletrônico é caracterizado pela contratação não-presencial, utilizando os contratantes de diversos mecanismos e permitindo a disponibilização dos produtos e serviços a um número maior de pessoas², razão pela qual se deve analisar e debater acerca da responsabilidade pelo inadimplemento contratual na plataforma virtual, bem como quem esteja, de algum modo, relacionado à publicação e vinculação, tornando-se ainda mais importante com o advento da Lei n.12.965/14.

¹ PAESANI, Lílana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 3 ed.. São Paulo: Atlas, 2006, p. 26.

² LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)*. In: Estudos avançados de direito digital; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coords.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 105-133, p. 106.

Bruno Miragem³ expõe que a internet é um ambiente propício para gerar danos, principalmente em razão de algumas características do ambiente virtual, tais como a impressão de anonimato, a abrangência e a velocidade da difusão da informação, a multiplicação da informação mediante sucessivas transmissões e a ausência de instrumentos de resposta pela vítima.

A internet, diferente de outros meios de comunicação, pode atingir um patamar de grande magnitude no que concerne a sua utilização para a prática de ilícitos, o que demonstra a importância do fator tempo nos ilícitos virtuais, uma vez que, geralmente, quanto maior o tempo para retirar determinado conteúdo ilícito do ambiente virtual, maiores serão os danos, devido à velocidade de propagação das informações.

Ademais, como elencado por Michael Geist⁴, a internet é insensível a distinções geográficas. Nas palavras dele:

*The Internet is wholly insensitive to geographic distinctions. In almost every case, users of the internet neither know nor care about the physical location of the Internet resources they access.*⁵

Neste cenário, foi promulgado o chamado Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14), estabelecendo princípios, garantias, deveres e direitos para o seu uso no país, com a pretensão de abarcar a maioria das nuances jurídicas sobre o tema. Tal lei ganha ainda mais importância com a análise de dados concretos. Em 2015, cerca de 3,2 bilhões de pessoas no mundo tinham acesso à internet e este número vem aumentando progressivamente conforme dados

³ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da internet*. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria (Org.). Responsabilidade civil. 2 tir. 9 vol. São Paulo: RT, 2010, pp. 843-889, p. 878.

⁴ GEIST, Michael. *Cyberlaw 2.0*. In: *Boston College Law Review*. v. 44, 2003, p. 327. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol44/iss2/3>>. Acesso em: 05/06/2016.

⁵ “A Internet é totalmente insensível a distinções geográficas. Em quase todos os casos, os usuários da Internet não conhecem e nem se preocupam com a localização física dos recursos da Internet que acessam” (tradução livre).

da *International Telecommunication Union*⁶, sendo que no Brasil, no mesmo período, havia cerca de 102,1 milhões de pessoas com acesso à Internet⁷.

Na doutrina, há classificações distintas acerca dos provedores de internet. Marcel Leonardi⁸, em análise anterior ao Marco Civil da Internet, conceituou os chamados provedores de serviços de internet, dividindo-os em provedor de *backbone*, de acesso, de correio eletrônico, de hospedagem e de conteúdo. Ronaldo Lemos⁹, por sua vez, classifica os provedores em duas grandes espécies: provedores de serviço de acesso (PSAs) e os provedores de serviços online (PSOs).

O Marco Civil da Internet, no entanto, não traz nenhuma definição específica sobre os provedores, tratando especificamente de duas espécies: os provedores de conexão (de acesso) e os provedores de aplicações de internet.

O presente trabalho restringir-se-á à análise dos tópicos do Marco Civil da Internet que tratam da responsabilidade civil pelo uso indevido da rede pelos seus agentes na esfera dos provedores e dos usuários.

Dentre os responsáveis elencados, tem-se a divisão em quatro grupos, dois deles provedores: os provedores de conexão à internet, os provedores de aplicações de internet, os prestadores ou fornecedores de serviços e os usuários (consumidores). O trabalho concentrar-se-á na análise da responsabilidade civil dos provedores, com ênfase no de aplicações de internet que, com o advento do Marco Civil da Internet, sofreu maiores mudanças e merece maiores considerações.

Quanto aos provedores de conexão à internet, não há maiores dificuldades. Segundo a definição clássica de Marcel Leonardi¹⁰, o denominado provedor de acesso pode ser conceituado como “a pessoa jurídica fornecedora de serviços que possibilitem o acesso de seus consumidores à Internet”. Conforme se nota, este provedor é responsável pela transmissão da

⁶ INTERNET TELECOMMUNICATION UNION. *Global ICT developments*. 2015. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2015.pdf>>. Acesso em: 19/11/2017.

⁷ IBOPE. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,mais-de-100-milhoes-de-brasileiros-ja-acessam-a-internet-diz-ibge,10000090597>>. Acesso em: 19/11/2017.

⁸ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

⁹ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

¹⁰ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 21.

conexão da internet (operadores), desenvolvendo uma função intermediária entre o usuário e a rede, fornecendo diretamente serviços que possibilitem conexão aos seus consumidores.

Quanto aos provedores de aplicação de internet, têm-se maiores dificuldades conceituais, mas a doutrina entende que abrangeria os provedores de correio eletrônico, de hospedagem e de conteúdo. O Marco Civil da Internet, em seu art. 5º, VII, entende por aplicações de internet o conjunto de diversas funcionalidades acessíveis por meios de terminais conectados à internet expondo no art. 15 que este tipo de provedor é aquele “constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos”.

O legislador isentou o provedor de conexão à internet de responsabilidade civil pelos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, conforme disposto no art. 18 da supramencionada Lei. Tal fato decorre deste ser apenas responsável pela transmissão do sinal de internet, devendo responder objetivamente com base no Código de Defesa do Consumidor apenas pela prestação de má qualidade ou não prestação ao consumidor.

Em relação aos provedores de aplicações de internet, antes da promulgação do Marco Civil da Internet, o Superior Tribunal de Justiça entendia que deveria ocorrer notificação extrajudicial para retirada de qualquer informação que entendesse ilícita devendo ser atendida no prazo de 24 horas¹¹.

No mesmo sentido, a Ministra Nancy Andrigui sustentou também antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet que, após notificado extrajudicialmente de conteúdo ilícito, o provedor de conteúdo, caso não retirasse o material do ar em 24 horas, responderia solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da sua omissão (*culpa in omittendo*). Para ela, o provedor de conteúdo não estaria obrigado a analisar o teor da denúncia recebida no referido prazo, devendo apenas promover a suspensão preventiva

¹¹ Brasil, STJ, REsp 1.337.990/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão julgador: Terceira Turma, julgado em 21/08/2014.

das páginas, podendo checar a veracidade das alegações em momento futuro e que entendesse oportuno¹².

Alguns Ministros do Superior Tribunal de Justiça se manifestaram na época, no sentido de que o prazo de 24 horas seria insuficiente para a retirada do conteúdo. O Ministro Raul Araújo, por exemplo, entendeu que apenas os pequenos empresários teriam capacidade de cumprir os prazos de 24 horas. Acrescentou, ainda, que deveria haver o prazo máximo de 5 (cinco) dias para o cumprimento. A justificativa foi que “as empresas privadas têm uma hierarquia muito reverencial, quer dizer, a pessoa, o empregado que está ali, na base, para chegar lá no topo, deve percorrer uma série de escalas, de reverências e de medo de perder o emprego. Até chegar àquele topo demora um determinado tempo”¹³.

No entanto, este teve seu voto vencido no Recurso Especial 1.306.157/SP, de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, julgado em 17/12/2013. O entendimento vencedor foi que o prazo de 24 horas era o mais razoável.

Com o advento da Lei n. 12.965/14, a tendência é que seja modificado o entendimento para imputar responsabilidade aos provedores de internet, principalmente aos de conteúdo, contrariando veementemente os julgados do Superior Tribunal de Justiça anteriores ao Marco Civil da Internet o que, por si só, já justificaria a importância da presente pesquisa.

No *caput* do art. 19, está elencado que o provedor de aplicações de internet somente seria responsabilizado civilmente por danos advindos de conteúdo gerado por terceiros após ordem judicial específica determinando a retirada deste e se não cumprisse o estipulado no prazo assinalado, contrariando anterior posicionamento de que esta notificação poderia ser extrajudicial. Devido a tal fato, parte da doutrina, entre eles Renato Opice Blum¹⁴, Cíntia Rosa Pereira de Lima¹⁵ e Anderson Schreiber¹⁶, criticam

¹² Brasil, STJ, REsp 1.323.754/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 19/06/2012.

¹³ Brasil, STJ, REsp 1.306.157/SP, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, julgado em 17/12/2013.

¹⁴ Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/04/15/especialistas-apontam-pontos-falhos-no-marco-civil-em-audiencia-no-senado.htm>>. Acesso em: 20/07/2015.

¹⁵ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *A responsabilidade dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*.

veementemente este dispositivo, argumentando que poderia ser inconstitucional vez que a princípio prejudicaria os usuários, enquanto outra parcela, entre eles Marcel Leonardi¹⁷, o defende.

A única exceção prevista na Lei n. 12.965/14 é o art. 21, que prevê o dever de o provedor de conteúdo remover conteúdo de nudez ou atos sexuais privados, publicados ilicitamente, mediante notificação extrajudicial. A consequência é a responsabilidade subsidiária no caso de descumprimento.

Uma crítica plausível a estas mudanças advindas do Marco Civil da Internet é a de que muitos ilícitos eram resolvidos extrajudicialmente e de forma célere, sendo que agora poderá haver sobrecarga do judiciário apenas para a solução destes conflitos. Outro ponto é o de que as vítimas seriam penalizadas em tempo e dinheiro ao terem que buscar a justiça para fatos que antes eram resolvidos extrajudicialmente.

Como se nota, o Marco Civil da Internet inova a matéria. A pesquisa debruçar-se-á sobre esse novo panorama, ainda não sedimentado, analisando as diversas questões referentes ao tema além da análise da sua constitucionalidade e as mudanças que poderão ocorrer com o advento da Lei, que merece um estudo mais aprofundado através do presente trabalho.

A promulgação do Marco Civil da Internet também trouxe discussões no que tange à responsabilização dos provedores de aplicações de internet e o prazo de armazenamento de dados. Para a responsabilização e identificação de eventuais danos causados por terceiros na internet é essencial que os provedores preservem e forneçam os registros eletrônicos utilizados na prática ilícita. Antes do Marco Civil da Internet, não havia regulamentação específica sobre o assunto, o que não impediu o Superior Tribunal de Justiça de firmar entendimento de que os provedores de conteúdo deveriam armazenar tais registros por três anos, em consonância com o Código Civil de 2002, que em

Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, pp. 155-176 jan./dez. 2015.

¹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*. In: Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. pp. 277-304.

¹⁷ Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/04/15/especialistas-apontam-pontos-falhos-no-marco-civil-em-audiencia-no-senado.htm>>. Acesso em: 20/07/2015.

seu art. 206, §3º, V estipula o referido período como prazo prescricional para as ações de reparação civil¹⁸.

Por sua vez, o Marco Civil da Internet elencou no art. 13 que a obrigação do provedor de conexão em manter os registros de conexão, sob sigilo, deverá ocorrer pelo prazo de um ano, enquanto os provedores de aplicações de internet devem preservar os registros de acesso a aplicações de internet pelo prazo de apenas seis meses (art. 15 da Lei n. 12.965/14). A obrigação seria apenas para as pessoas jurídicas que exerçam de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, podendo gerar uma insegurança jurídica no que concerne aos ilícitos cibernéticos quando forem utilizadas aplicações de internet sem fins econômicos ou criadas por particulares.

Os provedores responsáveis pelo registro de conexão e acesso à internet deverão proteger os dados pessoais, registros e as comunicações privadas dos usuários, em conformidade com o art. 10 da Lei n. 12.965/14. Tal proteção visa à preservação da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem dos usuários, sendo certo que a disponibilização destas só se dará por determinação judicial.

Válido ressaltar que, para alguns juristas, este prazo não seria suficiente, é o que defende Renato Opice Blum¹⁹. Já para Marcel Leonardi²⁰, a exigência da guarda de dados não deveria sequer estar no Marco Civil da Internet, sustentando que a União Europeia decidiu que o modelo de retenção de dados é ilegal, pois não resguarda a privacidade.

A título de comparação, a Lei italiana determina a obrigatoriedade da guarda de registros de acesso à Internet. Os provedores italianos devem registrar os *logs* e conservá-los pelo tempo prescrito na legislação, ou seja, 12 meses para os dados de Internet, podendo ser disponibilizados às autoridades policiais, desde que seja formalizada por via judicial, conforme art. 132 do Decreto Legislativo n. 196 italiano.

¹⁸ Brasil, STJ, REsp 1.398.985/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 19/11/2013.

¹⁹ Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/04/15/especialistas-apontam-pontos-falhos-no-marco-civil-em-audiencia-no-senado.htm>>. Acesso em: 20/07/2015.

²⁰ Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/04/15/especialistas-apontam-pontos-falhos-no-marco-civil-em-audiencia-no-senado.htm>>. Acesso em: 20/07/2015.

O mesmo ocorre com a Lei n. 25/2007 espanhola, que determina em seu art. 5º a conservação dos dados por 12 meses, com possibilidade de ampliação de até dois anos.

Tal prazo se torna ainda mais questionável à luz do Código de Defesa do Consumidor, conforme será analisado em momento oportuno.

Nesta ceara, inquestionável a incidência da referida Lei nas relações com os provedores de internet, devendo ser o usuário considerado consumidor, uma vez que o art. 2º, *caput* do Código de Defesa do Consumidor define o mesmo como “(...) toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Além disso, no art. 3º, §2º da referida Lei está estipulado que “serviço é qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista”.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça²¹ já se manifestou sustentando que “a exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90” e que “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”.

Com a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre provedores e usuários, as relações virtuais passaram a ser analisadas sob a ótica da legislação consumerista²². Se o provedor prestar serviço defeituoso ou informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos incidirá no art. 14 da referida Lei, respondendo objetivamente pelos danos causados. Só não responderia objetivamente se provasse que o defeito inexistia ou que a culpa foi exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor).

²¹ Brasil, STJ, REsp 1.316.921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 26/06/2012.

²² VASCONCELOS, Fernando Antonio de. *Internet: Responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 168.

Marcel Leonardi²³, neste sentido, elenca que um dos argumentos utilizados por aqueles que pretendem responsabilizar objetivamente os provedores de serviços de internet tanto pelos seus próprios atos como pelos atos praticados por terceiros seria a dificuldade de se localizar os efetivos responsáveis pelos atos ilícitos.

O segundo argumento exposto é de que grande parte dos usuários que praticam algum ilícito na internet não possuem recursos suficientes para reparar os danos causados, diferente dos provedores de internet, que em sua maioria possuem grande valor econômico e podem arcar com a indenização.

Parte da doutrina, no entanto, posiciona-se no sentido de que não deve prevalecer o entendimento do art. 19 do Marco Civil da Internet. A mudança trazida no cerne da responsabilidade seria um retrocesso e não poderia violar direitos consolidados dos consumidores, como é o caso de se ver indenizado pela responsabilização objetiva do fornecedor.

O Marco Civil da Internet imporia a judicialização compulsória do conflito de interesses, onerando o consumidor de forma substancial e só responsabilizando o provedor em caso de desobediência à ordem judicial específica.

Os provedores de aplicações de internet são organizações, em sua maioria, que visam ao lucro e não se justificaria para parte da doutrina o tratamento desigual em face do princípio da isonomia. Não haveria lógica, para estes, a imunidade à responsabilização objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Tal entendimento doutrinário diverge, no entanto, de legislações internacionais. Na Itália, por exemplo, o provedor poderá eximir-se de responsabilidade ou limitá-la, mediante a comprovação da autoria do conteúdo publicado, conforme art. 16 do Decreto Legislativo n. 70 de 2003.

No mesmo sentido, a Lei n. 34/2002 espanhola, em seu art. 16, determina que os prestadores de serviço de intermediação que guardam dados de terceiros não serão responsáveis pela informação armazenada sempre que não tenham conhecimento efetivo de que a informação é ilícita ou que lesione bens ou direitos de terceiro.

²³ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 74.

Ressalta-se ainda que a análise do direito brasileiro pautar-se-á na noção de diálogo das fontes de Cláudia de Lima Marques²⁴. A teoria prevê que o ordenamento deve ser entendido de forma unitária. Indo ao encontro da teoria, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2591, reconheceu a constitucionalidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a todas as atividades bancárias sob a égide do diálogo das fontes²⁵. Baseado neste entendimento, alguns argumentam²⁶ que o mesmo deve ser feito com as normas do Marco Civil da Internet, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 naquilo que for mais favorável ao consumidor, devendo interpretá-lo para favorecê-lo e não para prejudicá-lo, o que traz diversas discussões que merecem serem tratadas no presente estudo, conforme exposto.

Caso seja imputado ao provedor serviço defeituoso e incorrer em responsabilidade objetiva, a pretensão para reparação dos danos causados por fato do serviço prescreveria em cinco anos, conforme bem elucida o art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. Com o advento do Marco Civil da Internet, no entanto, os provedores de conexão e de aplicações de internet deveriam manter os registros de conexão e de acesso pelo prazo de um ano e seis meses, respectivamente.

Assim, pode-se ocorrer um problema quanto à responsabilização civil dos provedores. O consumidor, passado o prazo estipulado na Lei n. 12.965/14, pode encontrar dificuldade para provar os fatos alegados justamente pela ausência de registro na base de dados. O provedor, amparado pela nova legislação, não manteria os dados por mais de um ano. Todavia, o próprio provedor poderia ter dificuldade na defesa diante da ausência das informações necessárias. O fato seria ainda mais agravado diante da eventual

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 4 ed., 2012, pp. 117-120.

²⁵ “Não há, a priori, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em ‘influências recíprocas’, em ‘aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente” in: Brasil, STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591, Relator: Ministro Carlos Velloso, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006.

²⁶ Neste sentido: GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Uma análise crítica da Responsabilidade Civil dos Provedores na Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet)*. In: *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 307-320.

inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor ou do Código de Processo Civil de 2015.

Conforme se nota, nítida a relevância do tema no âmbito do Direito Brasileiro. Com o advento da Lei n. 12.965/14 e as diversas mudanças trazidas, faz-se necessária uma análise mais profunda acerca da responsabilidade civil dos provedores de internet, principalmente no âmbito do de aplicações de internet que trouxe as mudanças mais relevantes e significativas em relação à responsabilidade civil, trazendo uma visão ampla sobre o atual panorama e um posicionamento acerca dos pontos que ensejam maiores discussões.

O estudo basear-se-á nas diversas nuances decorrentes da lei, trazendo um paralelo com as legislações que nortearam o ordenamento brasileiro e a perspectiva da responsabilização civil dos provedores com a promulgação do Marco Civil da Internet, analisando-se os diversos pontos ainda obscuros e não pacificados sobre o assunto, tais como a forma de notificação dos provedores, o prazo de guarda dos registros de conexão e de acesso e da constitucionalidade do Marco Civil da Internet nos pontos em que houver suprimido direitos consolidados dos usuários.

Capítulo 1. BREVE HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/14)

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14) surgiu com o escopo de regular o uso da internet no Brasil, que passava por uma fase de insegurança jurídica, principalmente pela ausência de uma definição legal específica, o que ocasionava decisões judiciais conflitantes e, até mesmo, contraditórias.

Haviam outras propostas normativas especializadas, mas com o risco de gerarem divergência e prejudicar um tratamento harmônico da matéria. Ademais, poderiam suprimir direitos dos usuários pelo tratamento destinado às práticas e contratos.

Neste sentido, a presente legislação surgiu com a finalidade de estabelecer princípios, direitos e deveres para a rede no Brasil, articulando, de certa forma, o meio cibernético com os princípios democráticos que norteiam o país.

Essa informação é ainda mais importante ao se analisar a legislação e a forma como a internet é tratada em diversos países, percebendo-se que em muitos os valores democráticos nem sempre são seguidos.

A título de exemplo pode-se citar a Turquia²⁷ e a Rússia²⁸, que adotaram leis que aumentam o controle do poder executivo sobre a internet, estabelecendo controle das informações publicadas na rede sem a análise do judiciário, criando, inclusive, regimes semelhantes à censura e punindo usuários que divergem politicamente das correntes dominantes²⁹.

²⁷ Na Turquia, em 4 de fevereiro de 2014, foi adotada a denominada “lei da internet”, que outorgou poderes à agência de telecomunicações turca para que bloqueasse qualquer site no país em um prazo de 4 horas sem necessidade de ordem judicial, estipulando, nitidamente, um amplo poder ao Executivo.

²⁸ Na Rússia, em abril de 2014, foi aprovada a denominada “Lei sobre Informação e Comunicações”, que modificou o Código Administrativo do país. Esta lei passou a exigir que qualquer blogueiro (ou administrador de sites de qualquer natureza na internet), que receba mais de 3 (três) mil visitas diárias deve se registrar na autoridade administrativa de fiscalização russa. Neste momento, o indivíduo é obrigado a identificar a sua real identidade e seguir as regras que são aplicadas aos jornalistas do país (citam-se como exemplo de regras aplicáveis a obrigação de verificar o conteúdo postado na internet, há também a vedação ao uso de linguagem considerada, por assim dizer, ofensiva etc.).

²⁹ LEMOS, Ronaldo. *Uma breve história da criação do Marco Civil*. In: Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 79.

O projeto do Marco Civil da Internet surgiu em 2009, sendo aprovado em ambas as casas do Congresso Nacional apenas em 2014, quando também foi sancionado. A ideia central do projeto do Marco Civil da Internet ocorreu devido a outro projeto de lei, qual seja o da Lei de *cybercrime*, também conhecida como “Lei Azeredo” - em referência ao então Senador Eduardo Azeredo, que foi o relator do texto -, tendo sido muito criticado na época³⁰.

Uma das críticas mais plausíveis à “Lei Azeredo” foi dada por Ronaldo Lemos em conjunto com os professores Carlos Affonso Pereira de Souza e Sergio Branco³¹. Para eles, a primeira lei que trataria do assunto não poderia ser criminal, uma vez que o direito criminal deveria ser visto como *ultima ratio*, ou seja, como o último recurso. Neste sentido, a primeira lei a versar sobre o assunto deveria ser necessariamente uma lei civil.

Após inúmeras críticas a então “Lei Azeredo”, notou-se que era necessário antes de uma legislação penal sobre o assunto, uma legislação civil, um verdadeiro marco regulatório da internet no país. A ideia surgiu a partir da concepção do professor Ronaldo Lemos, expressa em artigo publicado no ano de 2007³².

Através de um blog hospedado na plataforma “Cultura Digital” (www.culturadigital.br) – uma rede social mantida pelo Ministério da Cultura e pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP) - foi desenvolvido um debate aberto, permitindo que usuários *logados* inserissem comentários para informar ao governo e os debatedores sobre qualquer assunto em particular relacionado aos mais diversos temas, visando garantir uma pluralidade de opiniões e ideias a fim de nortear o Projeto de Lei³³.

³⁰ Na época houve quem o denominasse de “AI-5 digital” em referência ao Ato Institucional n. 5 baixado em 1968 durante o governo do general Costa e Silva. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/o-ai-5-digital>>. Acesso em: 12/05/2016.

³¹ “(...) a primeira lei brasileira a tratar da internet não deveria ser uma lei criminal, mas sim uma lei civil, assegurando direitos fundamentais na rede. O direito criminal – em especial com relação à rede – deveria ser visto no âmbito dessa discussão como *ultima ratio*, ou seja, o último recurso institucional a ser adotado quando tudo mais falha”. LEMOS, Ronaldo. *Uma breve história da criação do Marco Civil*. In: Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 83.

³² LEMOS, Ronaldo. *Internet brasileira precisa de marco regulatório civil*. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em: 14/05/2016.

³³ Neste sentido: (...) O Ministério da Justiça, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, começou a elaborar um anteprojeto de lei que tivesse por escopo regulamentar o uso da Internet no Brasil por um viés civil-constitucionalista, e não penal. Um dos traços inovadores dessa proposta foi o

Na primeira fase desse debate o foco era o texto-base produzido pelo Ministério da Justiça – mais especificamente a minuta do anteprojeto - e as ideias debatidas no portal para que se chegasse a um projeto final e assim fossem feitos os artigos, parágrafos, incisos e alíneas do anteprojeto. Na segunda fase do projeto também foi desenvolvido debate sobre os mais diversos assuntos, mas com o foco já no anteprojeto de lei, discutindo de forma colaborativa e com a participação da sociedade sobre cada artigo, parágrafo, inciso ou alínea deste para que, no fim, se chegasse ao projeto final apresentado pelo Poder Executivo, sendo considerado por alguns como a “Constituição da Internet”³⁴.

Para fomentar ainda mais o debate, através do Ministério de Relações Exteriores, antes de promulgá-lo, o Brasil solicitou às embaixadas brasileiras no exterior a situação da regulamentação da internet em diversos países no mundo para nortear a legislação nacional sobre o assunto³⁵. Ao se analisar alguns pontos cruciais do presente ordenamento percebe-se que este foi ao encontro de posicionamentos de países da Europa e dos Estados Unidos da América que possuíam um debate mais avançado sobre o tema.

A versão final do anteprojeto de lei do Marco Civil da Internet, após este intenso e participativo debate, então foi enviada ao Congresso Nacional, no qual tramitou como o Projeto de Lei n. 2.126/11.

Como se nota, a elaboração de fato participativa e democrática do Marco Civil da Internet foi inovadora e uma experiência positiva para o país, permitindo um debate aberto e público dos mais diversos setores da sociedade a fim de se atingir um denominador comum nas questões atinentes ao uso da

rompimento com o sentido legiferante unidirecional, do Estado para a sociedade. Isso porque, em conjunto com o Ministério da Cultura, abriu a discussão para a sociedade civil em geral pelo site “Cultura Digital”. FURTADO, Gabriel Rocha. *O marco civil da Internet: a construção da cidadania virtual*. In: Direito e Mídia. 1 ed. SCHREIBER, Anderson (coord). São Paulo: Atlas, 2013, p. 245.

³⁴ Luiz Paulo Barreto, então Ministro da Justiça da época, denominou o projeto do Marco Civil como “A Constituição da Internet”, comparando-o com a Constituição Brasileira de 1988. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/barreto-defende-criacao-de-constituicao-da-internet.html>>. Acesso em: 14/05/2016.

³⁵ Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/2010/06/08/regulamentacao-da-internet-no-mundo-consulta-ao-itamaraty/>>. Acesso em: 19/10/2014.

internet no país. Tal fato fica ainda mais evidente ao se analisar o Relatório de Políticas da Internet do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br)³⁶:

O Marco Civil radicalizou a natureza democrática do processo legislativo. Ao abrir a possibilidade de qualquer pessoa participar da discussão sobre um futuro anteprojeto de lei, a iniciativa rompeu com o conceito de audiências públicas presenciais como o principal momento em que se dá voz aos interessados no processo legislativo. Em vez de declarar uma suposta obsolescência desses encontros, a plataforma online terminou por complementar a experiência de debates presenciais oferecida pela audiência pública. Além disso, o processo de audiências públicas e as discussões centralizadas nos corredores e gabinetes dos deputados em Brasília valoriza a atuação de empresas e grupos de interesse que têm os recursos para participar dessas reuniões presenciais. O processo realizado por meio da Internet, por sua vez, ajuda a reequilibrar essa equação, aumentando a participação de setores da sociedade que de outra forma seriam subrepresentados.³⁷

A promulgação de uma lei para disciplinar o uso da internet no país é um avanço e merece destaque, mesmo contrariando alguns direitos consolidados dos usuários. No entanto, esta se demonstra de certa forma atrasada ao se analisar outros países que já discutem o tema há muito tempo.

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, desde 1998 há o *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA). Tal legislação vai ao encontro dos avanços tecnológicos ocorridos na época, posto que neste período a internet estava se disseminando pelo mundo e se tornando uma fonte de troca de ideias e informações, o que também permitiria eventuais violações de direitos autorais, razão pela qual optou-se em ampliar os direitos de autor antes existentes e tratar de outros pontos relevantes como, por exemplo, questões atinentes à responsabilidade dos prestadores de serviços online sobre direitos autorais violados por seus usuários.

³⁶ O Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br (<http://www.cgi.br>) foi criado através do Decreto Federal n. 4.829/03. Tal Comitê surgiu tendo em vista a necessidade de integração e coordenação das atividades de serviços de internet no país, sendo competente para deliberar sobre quaisquer questões relativas a ele encaminhadas, relativamente aos serviços de internet no país, conforme o art. 1º, VIII do Decreto Federal n. 4829/03.

³⁷ COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.br. *Relatório de políticas de Internet: Brasil 2011. Brasil: 2012, p 22.* Disponível em: <<http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/relatorio-politicas-internet-pt.pdf>>. Acesso em: 28/06/2014.

Na Europa há preocupação com questões envolvendo a internet desde o seu surgimento. A União Europeia regulamenta essas questões por meio de Diretivas emitidas pelo Parlamento Europeu e Conselho, mas não impede que os países-membros legislem sobre questões específicas, desde que não desrespeitem as normas previstas nas Diretivas. A título de exemplo, desde os anos 2000 há Diretivas tratando sobre a responsabilização civil dos provedores de internet (Diretiva 2000/31/CE e Diretiva 2001/29/CE), ambas do Parlamento Europeu e Conselho.

As discussões no Brasil sobre questões relativas à internet ocorrem desde muito antes da promulgação do Marco Civil da Internet. Também aqui estas questões se tornaram de fato discutidas quando houve uma disseminação e popularização do uso da internet no país, sendo que a maioria dos conflitos eram solucionados judicialmente, utilizando-se legislações como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor por falta de uma legislação específica sobre o tema. Há diversos casos que podem ser citados como exemplo. Inclusive, no cerne da responsabilização civil dos provedores de internet, tema central do trabalho, quem pacificou as questões sobre o assunto, antes da promulgação da Lei n. 12.965/14, foi a jurisprudência nacional, tamanha a quantidade de demandas versando sobre o assunto.

Por ter surgido depois de legislações amplamente discutidas, não se pode deixar de notar que o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)³⁸ incorporou algumas ideias que se refletem, inclusive, na responsabilização civil dos provedores, conforme se verá no decorrer do trabalho. Antecipa-se, no entanto, que mesmo o diploma legal sendo um avanço em diversos aspectos, na questão atinente aos usuários e a responsabilização civil dos provedores deixa, de certa forma, a desejar, no sentido de que nos parece equivocada ao trazer especificações completamente contrárias ao que antes já estava consolidado no âmbito jurisprudencial.

O legislador, ao que tudo indica, foi ao encontro de legislações estrangeiras, mas de encontro com o entendimento dos nossos Tribunais sobre

³⁸ Válido lembrar que em 11 de maio de 2016 foi promulgado o Decreto n. 8.771, que regulamenta a Lei n. 12.965/14, com a finalidade de tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações.

a temática da responsabilização civil dos provedores de internet. De fato, o entendimento jurisprudencial era mais vantajoso ao usuário e deveria este ser reproduzido no diploma legal, o que não ocorreu.

Neste sentido, apesar de um avanço em diversos aspectos³⁹, o Marco Civil da Internet se demonstra equivocado quanto à responsabilização civil dos provedores de internet, o que expõe a necessidade deste estudo mais aprofundado sobre o assunto, a fim de solucionar eventuais dúvidas e questionamentos, trazendo mais argumentos aos debates envolvendo a temática.

³⁹ A título de exemplo, cita-se a neutralidade da rede – que terá um capítulo à parte neste trabalho - e que foi trazida para o nosso ordenamento com o Marco Civil da Internet. Tal estipulação foi um avanço e uma vantagem conquistada pelos usuários, conforme se analisará em momento oportuno.

Capítulo 2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/14)

Neste capítulo, tratar-se-á dos princípios que norteiam o Marco Civil da Internet, dentre os quais se destacam a liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a proteção da privacidade, a proteção dos dados pessoais e a neutralidade da rede, ambos presentes nos incisos do art. 3º da referida Lei.

O estudo dos princípios se demonstra importante para se analisar a responsabilização civil dos provedores, posto que estes são os alicerces que se fundam a presente legislação.

Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld⁴⁰:

Os princípios são ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.

Adiante, expõe:

A enunciação dos princípios de um sistema tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajuda no ato de conhecimento.

Neste sentido, bem assevera José Afonso da Silva⁴¹, citando Gomes Canotilho e Vital Moreira, que:

(...) os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são como 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais.

Salienta-se que os princípios elencados no Marco Civil da Internet não são os únicos. Há, inclusive, menções a outros princípios que se mostram relevantes e estariam esparsos no ordenamento pátrio.

No parágrafo único do art. 3º da Lei n. 12.965/14 está exposto o fato de que “os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no

⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, ed. 1992, p. 137.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 37ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 93-94.

ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, ou seja, os princípios que norteiam o uso da internet no Brasil são amplos, não tendo o presente trabalho o escopo de esgotar a análise e o estudo deles.

2.1 Princípios da garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento

Quanto à liberdade de comunicação, tem-se que esta se funda em um conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a criação, expressão e difusão do pensamento e da informação de forma desembaraçada e coordenada⁴². Ao se analisar a Constituição Federal, encontram-se diversos artigos que versam sobre o tema⁴³.

Tal liberdade consiste não somente nas formas de manifestação, criação e expressão do pensamento, mas também nos modos de informação e a organização dos meios de comunicação. Esta se mostra extremamente importante no sentido de que independentemente do meio de comunicação (jornais impressos, rádios, *sites* etc.) este não pode sofrer qualquer restrição, sequer podendo a lei conter eventual dispositivo com fulcro a constituir embaraço a liberdade de informação, expressão e manifestação do pensamento.

A Constituição Federal de 1988 surgiu visando romper com o passado brasileiro marcado pelo autoritarismo, refletido nitidamente nas normas da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n. 01/69, assumindo um compromisso com a liberdade e a democracia, consagrando a liberdade de expressão e manifestação de pensamento. Além disso, o constituinte originário de 1988 reconheceu a liberdade de comunicação imunizando-a contra a censura⁴⁴.

⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 37ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 245.

⁴³ Cita-se, a título de exemplo, os incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º e os arts. 220 a 224 da Constituição Federal.

⁴⁴ Luís Roberto Barroso estipula que censura “é a submissão à deliberação de outrem do conteúdo de uma manifestação do pensamento como condição prévia da sua veiculação”. BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de*

Nesta nova ordem, como sustenta Luís Roberto Barroso⁴⁵, a garantia da liberdade de expressão foi uma preocupação constante do constituinte, que dedicou um conjunto amplo de dispositivos na Constituição Federal. Rege-se no país, como se depreende, a ampla liberdade de expressão, sendo proibida de qualquer forma a censura.

O princípio da liberdade de expressão, elencado nos arts. 2º e 3º, I da Lei n. 12.965/14⁴⁶ vai ao encontro da Constituição Federal, que expõe, no art. 5º, IV que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Como se percebe, a Constituição Federal conferiu uma ampla proteção à liberdade de expressão ao reconhecê-la como um direito fundamental e cláusula pétrea, devendo qualquer regulamentação que abranja a liberdade de expressão ser fundamentada no texto constitucional pátrio⁴⁷.

Ademais, no *caput* do art. 8º da Lei n. 12.965/14⁴⁸ está elencado o direito à liberdade de expressão e a privacidade – que será tratada no próximo capítulo - nas comunicações como uma garantia para o pleno exercício do direito de acesso à internet sendo qualquer cláusula contratual que a viole nula de pleno direito.

O estudo do princípio da liberdade de expressão deve ser feito em conjunto com as garantias da liberdade de comunicação e da manifestação de pensamento, uma vez que se mostram relevantes do ponto de vista da

Televisão na Constituição de 1988. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 347.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 354-356.*

⁴⁶ Art. 2º, Lei n. 12.965/14 – A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

I - o reconhecimento da escala mundial da rede;

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

III - a pluralidade e a diversidade;

IV - a abertura e a colaboração;

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VI - a finalidade social da rede.

Art. 3º, I, Lei n. 12.965/14 – A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

(...)

⁴⁷ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio. São Paulo: RT, 2009, p.67.*

⁴⁸ Art. 8º, *caput*, Lei n. 12.965/14 – A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

(...)

responsabilização civil dos provedores – principalmente dos provedores de conteúdo. Tal fato se deve à utilização da liberdade de expressão e manifestação do pensamento como fundamento para sistematizar a responsabilização civil dos provedores no Marco Civil da Internet⁴⁹, razão pela qual merece um estudo mais aprofundado⁵⁰.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Júnior⁵¹, ao analisarem a liberdade de expressão e manifestação de pensamento, bem afirmam:

(...) o ser humano, através de processos internos de reflexão, formula juízos de valor. Estes exteriorizam nada mais do que a opinião de seu emitente. Assim, a regra constitucional, ao consagrar a livre manifestação do pensamento, imprime existência jurídica ao chamado direito de opinião.

Neste sentido, pode-se inferir que a liberdade de expressão seria a exteriorização do pensamento do indivíduo no seu sentido mais abrangente. José Afonso da Silva, por exemplo, traz importante posicionamento sobre o tema⁵²:

(...) como aspecto externo, a liberdade de opinião se exterioriza pelo exercício da liberdade de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento.

Observa-se, assim, que a liberdade de expressão é um direito de qualquer indivíduo manifestar suas opiniões, ideias e pensamentos de forma

⁴⁹ A própria redação do art. 19, *caput*, da Lei n. 12.965/14 comprova o fato de a liberdade de expressão ter sido usado como o fundamento principal para a responsabilização civil dos provedores de internet ao elencar: “Art. 19, Lei n. 12.965 - Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (...)” (grifo nosso).

⁵⁰ Vide também: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, pp. 155-176 jan./dez. 2015; LEONARDI, Marcel. *Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet*. Revista do Advogado, ano XXXII, n. 115, p. 99-113, abr. 2012.

⁵¹ ARAUJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. Revista e atualizada até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Editora Verbatim, 2016, p. 188.

⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 37ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 245.

livre e dos mais variados modos, tais como atividades artísticas, científicas, intelectuais e de comunicação sem qualquer tipo de censura, desde que faça sem se utilizar do anonimato para tal.

Inerente à liberdade de expressão salienta-se que o indivíduo também tem direito de manter em segredo seus pensamentos, ou seja, de não os manifestar e deixá-los apenas na sua esfera íntima.

No âmbito virtual, a liberdade de expressão possibilita ao usuário transmitir ou receber os mais variados conteúdos conforme o seu interesse (como exemplo cita-se conteúdo artístico, científico, religioso etc.).

Para se entender melhor este princípio e como ele rege as relações no ambiente virtual deve-se analisar historicamente o surgimento da internet. Resumidamente, esta surgiu no ambiente universitário norte-americano, tendo-se difundido como um meio extremamente eficiente para o comércio à distância e para a comunicação, demonstrando-se ter alto potencial lucrativo⁵³.

No ambiente acadêmico no qual a internet foi amplamente desenvolvida e difundida, há uma característica extremamente relevante: a liberdade de pensamento e de criação. Esta ferramenta de comunicação, como elencado por Cíntia Rosa Pereira de Lima⁵⁴, visa consolidar um ambiente democrático e econômico que preze o compartilhamento de conhecimento e informações de forma livre.

Dentre todas as espécies de provedores, uma se destaca no quesito liberdade de expressão: as redes sociais. Este típico provedor de conteúdo surgiu com a *Web 2.0*⁵⁵ e viabilizou um ambiente rápido e prático para uma comunicação global, permitindo que a liberdade de expressão atingisse outro patamar no âmbito virtual, possibilitando maior integração e manifestação de ideias, opiniões e pensamentos.

⁵³ LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. New York: Basic Books, 2006. p. 31-32.

⁵⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, pp. 155-176 jan./dez. 2005. p. 158.

⁵⁵ A *Web 2.0* surgiu com o objetivo de facilitar o compartilhamento de informações de maneira interativa, proporcionando que os usuários alterem e desenvolvam o conteúdo do site, diferentemente da *Web 1.0* que surgiu com o escopo de fornecer o conteúdo de maneira estática, ou seja, apenas permitindo ler o conteúdo sem qualquer outro tipo de recurso de interação com o usuário. Cita-se como principais exemplos de sites *Web 2.0* as redes sociais, blogs, sites de compartilhamento de vídeos entre outros.

De fato, o compartilhamento de informações é uma característica da sociedade atual, a denominada “sociedade da informação”. Com o advento das redes sociais, permitiu-se uma irrestrita troca de opiniões, informações e conteúdo de pessoas por vezes localizadas nos mais diferentes e afastados lugares do mundo, viabilizando um ambiente de conhecimento colaborativo, de trocas dos mais variados conteúdos e cada vez mais acessível a todos de modo rápido e prático.

É inerente ao ser humano a necessidade de expor suas opiniões, pensamentos, ideias e sentimentos, não podendo sofrer sanções ao expô-los. Ao expressar essas ideias no âmbito virtual, o indivíduo tem um grande poder em suas mãos devido à velocidade de transmissão e alcance do conteúdo disponibilizado na web, podendo refletir na sociedade, no sistema político e nos valores. Não se deve subestimar o poder das ideias e muito menos das ideias expostas no âmbito virtual.

A liberdade de expressão exercida pelos usuários na rede não é absoluta e, por óbvio, não pode ofender outros tantos princípios basilares que se fundam a sociedade em que vivemos, nem ofender quem quer que seja, sob pena de ser responsabilizado tanto civilmente quanto penalmente a depender do caso.

Os usuários, não raramente, utilizam a premissa da liberdade de expressão para manifestar posicionamentos que ofendem a honra e a imagem de alguém, seja por mensagens e opiniões nitidamente ofensivas (por exemplo, opiniões de cunho racista, homofóbico etc.), seja por utilizar inverdades com a finalidade de ofender alguém (por exemplo, imputando a prática de algum crime ou desonra a determinada pessoa).

Como bem expõe Cíntia Rosa Pereira de Lima⁵⁶, um ambiente propício ao compartilhamento de informação e à manifestação de pensamento pode ser uma ameaça a direitos e garantias fundamentais, como a honra, a privacidade, a intimidade e a imagem previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal. Deve-se buscar no âmbito virtual um equilíbrio entre a liberdade de expressão, assegurada tanto na Constituição Federal quanto no Marco Civil da

⁵⁶ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, pp. 155-176 jan./dez. 2015. p. 159.

Internet, e a proteção de outros direitos e garantias fundamentais, também garantidos nas referidas legislações, que norteiam e agem como verdadeiros limites ao exercício desta liberdade.

Tal princípio tem o seu ônus. Visando equilibrar e controlar as fontes de informações, o legislador vedou o anonimato nas manifestações de pensamento (art. 5º, IV, Constituição Federal), bem como para que o indivíduo seja identificado e responsabilizado por eventuais danos causados a terceiro⁵⁷. Ocorre que, na internet, justamente por oferecer uma maior rapidez e facilidade para se comunicar e trocar informações, há, por vezes, também uma suposta “invisibilidade”. Pode-se inserir informações e conteúdos em muitas páginas sem controle prévio e até mesmo sem identificação do autor, que, não raras vezes, utiliza perfis falsos (“fakes”) em redes sociais ou outros modos para não ser identificado.

Essa sensação de anonimato aliada à velocidade de difusão da informação torna a internet um ambiente propício para gerar danos, razão pela qual o fator tempo assume particular importância nos ilícitos virtuais. Conforme o tempo passa para retirada do conteúdo ilícito da web, maior será o dano, uma vez que o conteúdo pode “viralizar”⁵⁸ rapidamente, tornando-se praticamente impossível a volta ao *status quo* anterior.

Tamanha é a importância desse tema que, preocupados com os direitos individuais relacionados à liberdade de expressão e objetivando criar um ambiente de segurança jurídica capaz de promover maior inovação tecnológica, diversas entidades da sociedade civil organizada, após longas discussões, editaram os chamados “Princípios de Manila sobre a Responsabilidade dos Intermediários” em 30/05/2015⁵⁹.

⁵⁷ A liberdade de expressão e manifestação do pensamento atingem não raras vezes situações jurídicas de outras pessoas a que corre o direito de resposta. Tal direito também vem elencado no art. 5º, V da CF, assegurando o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem”.

⁵⁸ “Viralizar” é um termo usado na internet e que surgiu com o crescimento do número de usuários das redes sociais e blogs. Esta palavra é utilizada para conteúdos que ganham grande repercussão e disseminam-se rapidamente na web.

⁵⁹ Intermediários da internet são aqueles que aproximam ou facilitam as relações entre terceiros na internet. Eles provêem acesso, hospedagem, transmitem e indexam conteúdo, produtos e serviços originados por terceiros na internet, ou fornecem serviços baseados em internet para terceiros. *In*: Princípios de Manila sobre responsabilidade dos intermediários. Disponível em: <https://www.eff.org/files/2015/07/02/manila_principles_1.0_pt.pdf>. Acesso em: 11/09/2017.

Como se nota, a linha entre a liberdade de expressão, a manifestação do pensamento e as ofensas e conteúdos difamatórios é tênue e, diante da velocidade de propagação do conteúdo na internet, torna-se ainda mais importante o seu estudo.

Deve-se, assim, analisar quem deveria ser responsabilizado por eventual dano decorrente de conteúdo ilícito colocado na internet - o provedor de aplicações de internet, o usuário autor do conteúdo ou ambos - e de que modo tal fato deve ocorrer.

2.2 Princípio da proteção da privacidade

As pessoas ligam-se não somente a um nome que as identifica, mas também a um conjunto de informações relacionadas a ela. Essas informações podem ter um maior ou menor interesse para terceiros a depender do caso concreto.

Destas informações, algumas são públicas e outras são privadas. As primeiras têm o acesso garantido a quem quer que seja, tais como o nome dos pais, a data e local de nascimento, estado civil entre outros exemplos⁶⁰.

As informações privadas, o acesso, em regra, é restrito, mas pode ser permitido a algumas pessoas como, por exemplo, através de contrato. Na hipótese de informações disponibilizadas contratualmente, destacam-se informações concernentes ao salário de um indivíduo, os laudos médicos e prontuários escolares entre outros.

Hoje estamos vivenciando uma verdadeira revolução digital no qual as pessoas estão cada vez mais conectadas. A informação foi descentralizada, as barreiras geográficas foram derrubadas e o comportamento humano foi modificado. Acontecimentos que antes passariam despercebidos, hoje são registrados por *smartphones* e compartilhados na internet instantaneamente. A busca por jornais, revistas e livros físicos é cada vez menor, buscando-se as informações na internet de forma rápida, prática e acessível.

⁶⁰ Fábio Ulhoa Coelho cita como exemplo de informações públicas, também o fato de ser sócio de uma sociedade empresária, visto que se assina um contrato social que é levado a registro na Junta comercial. COELHO, Fábio Ulhoa. *O direito à privacidade no Marco Civil da Internet*. In: Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

Além disso, com o advento das redes sociais, conforme ensina Alessandro Hirata⁶¹, há uma grande ameaça à privacidade, pois os usuários colocam demasiadamente informações pessoais na rede, o que permite produzir um perfil de comportamento de determinado indivíduo, criando-se “verdadeiros arquivos de informações” de cada usuário que podem ser utilizados para os mais diversos fins e mesmo depois de apagados, estes dados permanecem sob controle dessas redes, que os utilizam para fins econômicos. Neste sentido:

(...) a privacidade nos sites de redes sociais pode ser prejudicada por vários fatores. Além dos usuários divulgarem informações pessoais, os próprios *sites* podem não tomar as medidas adequadas para proteger a privacidade do usuário, sendo que terceiros frequentemente usam informações postadas em redes sociais para uma variedade de propósitos.⁶²

O direito à privacidade é um típico direito da personalidade, conforme o art. 21 do Código Civil de 2002. Ademais, qualquer violação a direito de personalidade é fato gerador de indenização por dano moral ou material (art. 5º, X, Constituição Federal).

No âmbito do Marco Civil da Internet, o legislador elencou a proteção da privacidade como um dos princípios que regem o uso da internet no país (art. 3º, II, Lei n. 12.965/14), indo ao encontro tanto do Código Civil de 2002 como da Constituição Federal.

Por sua vez, no art. 7º, I a III da Lei n. 12.965/14, tem-se como direitos dos usuários a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação, bem como a inviolabilidade e sigilo do fluxo e do conteúdo das comunicações.

O próprio art. 7º também condiciona o fornecimento, a coleta, o uso, o armazenamento e o tratamento de dados pessoais a certas condições com fulcro a preservar a privacidade (incisos VII a IX).

Ademais, na internet são firmados típicos contratos de adesão entre os provedores e os usuários. Com base nisto, elencou-se no art. 8º da Lei n.

⁶¹ HIRATA, Alessandro. *O Facebook e o direito à privacidade*. Revista de Informação Legislativa, v. 201, p. 17-27, jan./mar. 2014, p. 20.

⁶² HIRATA, Alessandro. *O Facebook e o direito à privacidade*. Revista de Informação Legislativa, v. 201, p. 17-27, jan./mar. 2014, p. 20.

12.965/14 a garantia do direito tanto à liberdade de expressão – conforme tratado no capítulo anterior – como à privacidade, sendo esta uma condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet e qualquer disposição que a viole deverá ser considerada nula de pleno direito.

O legislador tentou tomar o cuidado de garantir efetivamente a proteção da intimidade e da vida privada dos usuários da internet. Tal fato se depreende do art. 23 da Lei n. 12.965/14, que expõe que o juiz poderá tomar as providências necessárias para garantir tais direitos dos usuários, podendo inclusive determinar segredo de justiça conforme o caso.

No art. 10, a proteção à privacidade do usuário buscada no Marco Civil da Internet fica ainda mais clara, estipulando-se que eventuais conteúdos de comunicações privadas, de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, bem como os dados pessoais do usuário somente podem ser disponibilizados mediante ordem judicial. Salieta-se que no art. 11 do diploma legal a proteção é estendida aos dados pessoais e comunicações por provedores de conexão e aplicações de internet em que haja coleta, armazenamento, guarda ou tratamentos destes desde que pelo menos um dos terminais conectados à internet esteja situado no Brasil.

A privacidade no âmbito do Marco Civil da Internet pode ser dividida em duas espécies, que são tratadas de formas distintas no diploma legal: a privacidade ordinária ou comum e a privacidade qualificada.

A privacidade ordinária ou comum decorre do art. 19 da Lei n. 12.965/14 e visa principalmente assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, enquanto que a privacidade qualificada o decorre do art. 21 da Lei n. 12.965/14 e tem como principal objetivo assegurar a vida íntima de pessoas que têm sua vida sexual e corpos expostos na rede mundial de computadores sem sua permissão.

Além de âmbitos de proteção distintos no que concerne a privacidade o ponto crucial que distingue a privacidade ordinária da qualificada se dá no campo da responsabilidade civil. A primeira diferencia-se nitidamente da segunda com o advento da Lei n. 12.965/14 e tal fato se deve por um aumento da denominada “pornografia de vingança” (*revenge porn*) com o vazamento de vídeos e fotos íntimos, conforme se verá adiante.

2.2.1 A privacidade ordinária do art. 19 da Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet)

A privacidade ordinária ou comum da Lei n. 12.965/14 decorre do art. 19 do referido diploma legal e é a regra quando o assunto é violação da privacidade dos usuários.

O artigo visa assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, conforme já exposto em momento oportuno. Ocorre que, caso haja uso anormal da internet expondo a vida privada de um terceiro e isto venha a lhe causar danos poderá o autor do conteúdo ser responsabilizado civilmente.

Como exemplo, cita-se um sujeito que prefere guardar no âmbito pessoal e compartilhar apenas com as pessoas mais próximas que possui uma doença incurável sem expô-la para a coletividade, pois poderia prejudicá-lo no trabalho e em outros aspectos da vida cotidiana. Se o médico ou alguém por livre e espontânea vontade expõe a informação na internet e com isto venha a gerar danos, deverá ser responsabilizado.

Esta privacidade, como se percebe, denominamos de privacidade ordinária, posto que a sua violação e o dano devem ser comprovados, só podendo o conteúdo ser retirado do ar pelo provedor de aplicações de internet mediante ordem judicial específica, conforme disposto no art. 19 supracitado.

Resumidamente, na privacidade ordinária o indivíduo tem que comprovar que houve dano e violação a sua privacidade em desacordo com a liberdade de expressão para que haja a responsabilização civil e a consequente notificação judicial para retirada da web do conteúdo violador da sua privacidade.

Além disso, a ordem judicial para retirada do conteúdo deverá conter, sob pena de nulidade, a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. Como informação clara e inequívoca, entende-se que é essencial a informação acerca da URL (*Uniform Resource Locator*)⁶³ da página onde se encontra o conteúdo⁶⁴.

⁶³ *Uniform Resource Locator* (Localizador Uniforme de Recursos em tradução livre) é um endereço para acessar documentos e outros recursos globais na internet. Definição retirada da

Conforme se verá no capítulo específico sobre responsabilidade civil dos provedores, houve uma nítida mudança do modo como se dava esta notificação do conteúdo ilícito, acarretando, além de uma sobrecarga do judiciário, em onerosidade excessiva ao usuário que, com o advento da Lei n. 12.965/14, tem que buscar o judiciário para solucionar a maioria das violações aos seus direitos de privacidade e não dispõe de todos os meios técnicos para informar e identificar clara e especificamente o URL de todo o conteúdo apontado como infringente para que haja localização inequívoca do material e, conseqüentemente, sua indisponibilização no âmbito virtual. Há, inclusive, quem considere inconstitucional o presente artigo, argumentando que ele viola garantias consolidadas dos usuários⁶⁵.

2.2.2 A privacidade qualificada do art. 21 da Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet)

Nos últimos anos, conforme já ventilado, houve a popularização da internet no Brasil, sendo tal fato facilmente comprovado ao se analisarem dados concretos. Além disso, houve uma modernização dos aparelhos celulares, o que pode parecer irrelevante, mas de fato não é, principalmente quando se trata da privacidade qualificada⁶⁶.

Webopedia (enciclopédia de termos técnicos da Internet). Disponível em: <<http://www.webopedia.com/TERM/U/URL.html>>. Acesso em 26/06/2016.

⁶⁴ Há julgados no Superior Tribunal de Justiça, no entanto, que entendem não ser necessário informar a URL para que o provedor proceda à retirada do conteúdo (Brasil, STJ, REsp 1.175.675/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, julgado em 09/08/2011). O Supremo Tribunal Federal reconheceu, inclusive, essa discussão como de repercussão geral (Brasil, STF, ARE 660861, Rel. Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: Plenário, julgado em 23/03/2012). Além disso, foi aprovado o enunciado 554 do CJF na VI Jornada de Direito Civil, que estipula: “Independente de indicação do local específico da informação a ordem judicial para que o provedor de hospedagem bloqueie determinado conteúdo ofensivo na internet”.

⁶⁵ Neste sentido: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *A responsabilidade dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, pp. 155-176 jan./dez. 2015 e SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*. In: Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. pp. 277-304.

⁶⁶ Dados do IBGE mostram que em 2015 mais da metade dos domicílios brasileiros passaram a ter acesso à internet (57,5% da população brasileira) sendo que o *smartphone* se tornou o principal meio de acesso na atualidade. IBOPE. Disponível em:

Ao se analisar a evolução dos aparelhos celulares, nota-se que somente nos anos 2000 surgiram os *smartphones* com suas câmeras integradas e redes de internet móvel, que possibilitaram uma maior interação dos usuários que passaram a ter a possibilidade de tirar fotos e fazer vídeos em tempo real e mandá-los instantaneamente para outros usuários, independentemente da distância geográfica entre eles.

Com o advento de novas tecnologias, surgem também novos tipos de violações de direitos, de danos ou agravamento de danos que antes já ocorriam. Muitos usuários passaram a utilizar as câmeras embutidas nos *smartphones* para informar sobre o que estava ocorrendo no seu país, como, por exemplo, para filmar e tirar fotos de manifestações em tempo real e mostrar ao mundo o que estava acontecendo, para comprovar que estava sendo violado algum direito da população.

No entanto, o avanço tecnológico não traz somente benefícios à humanidade. Há quem se utilize disto para praticar ilícitos. Com a popularização da internet e dos *smartphones*, surgiu também uma maior violação à privacidade, pois algumas pessoas passaram a ter acesso a mecanismos de difusão e violação de direitos de terceiros.

Tal fato é facilmente comprovado se analisarmos o grande aumento de vídeos e fotos íntimas que “caem” na internet sem o consentimento da pessoa que, de uma hora para outra, vê a sua intimidade violada de um dos piores modos possíveis.

Prática corriqueira não só no Brasil, como no exterior, foi o surgimento da denominada “pornografia de vingança” (*revenge porn*, em inglês), na qual um indivíduo filma uma relação sexual, muitas vezes de forma consensual, e, após o término da relação, publica na internet o conteúdo, expondo o antigo parceiro ou parceira.

Além disso, houve um aumento de fotos e vídeos íntimos feitos sem consentimento, devido à facilidade promovida pelos *smartphones*, que possuem instrumentos de gravação de vídeos ou fotos.

Tais casos frequentemente alcançam grandes mídias e interesse por envolverem celebridades. O famoso caso da modelo Daniela Cicarelli é um

desses exemplos. Ela foi filmada em relação íntima com seu então namorado em uma praia europeia no verão de 2006. O vídeo foi postado no sítio eletrônico *Youtube* por um terceiro e provocou grande repercussão na imprensa brasileira, o que motivou, inclusive, uma demanda judicial de retirada de conteúdo.

Outro caso emblemático foi o da atriz Carolina Dieckmann. Ela teve sua caixa de e-mail violada por *hackers* sendo chantageada a pagar quantia em dinheiro para não ver fotos íntimas suas vazadas na internet. Ao se recusar a pagar a quantia exigida, a atriz teve suas fotos divulgadas na internet e sendo acessadas por inúmeros usuários ao redor do mundo. A repercussão do caso gerou a aprovação da Lei n. 12.737/12, que dispôs sobre alguns tipos penais informáticos e, inclusive, ganhou o apelido de “Lei Carolina Dieckmann”.

Além destes casos envolvendo figuras públicas existem milhares de casos envolvendo anônimos que também não querem sua vida e privacidade expostas a terceiros.

O histórico de violações a conteúdos íntimos com imagens e vídeos contendo nudez ou atos sexuais privados gerou a necessidade de a legislação civil também tratar especificamente do assunto.

Esta modalidade de privacidade elencada no art. 21 da Lei n. 12.965/14 classificamos como qualificada, uma vez que se exige mais requisitos para sua ocorrência do que a privacidade denominada de ordinária ou comum.

Primeiramente, o conteúdo violador da privacidade disponibilizado na rede deve ser exclusivamente de imagens, vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez e atos sexuais de caráter privado. Além disso, o conteúdo deve ser divulgado sem autorização dos participantes.

Assim, ainda que haja imagens, vídeos ou outro material contendo cenas de nudez e atos sexuais de caráter privado, mas exista autorização dos participantes na divulgação para terceiros, não haverá o enquadramento no dispositivo. Porém, importante ressaltar que pode haver consenso entre os participantes na produção de material com cenas de nudez e atos sexuais privados, mas estes podem não concordar com a divulgação do material para terceiros e, conseqüentemente, se isto vier a ocorrer, incorrerá na violação do supramencionado art. 21.

Portanto, se houver qualquer outro tipo de violação à privacidade que não se enquadre nestes requisitos deverá ser aplicado o art. 19 e, conseqüentemente, afetará o modo de retirada do conteúdo e a responsabilidade civil dos provedores, conforme se verá no capítulo específico sobre o assunto.

Além disso, para a retirada do conteúdo, o legislador optou, dado à gravidade da situação, pela simples notificação extrajudicial ao provedor de aplicações de internet, ou seja, a pessoa que se sentir prejudicada pode requerer extrajudicialmente ao provedor de aplicações de internet a indisponibilidade do conteúdo, sem necessidade de ter que contratar um advogado e se dirigir ao judiciário.

Ocorre que, assim como no art. 19, para a retirada do conteúdo em questão, o usuário que se sentir prejudicado deve, na notificação extrajudicial, informar elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido. Como informação clara e inequívoca, entende-se que é essencial a informação acerca da URL (*Uniform Resource Locator*) da página onde se encontra o conteúdo de nudez ou atos sexuais de caráter privado, muito embora haja precedentes no Superior Tribunal de Justiça no sentido de não ser necessária esta informação.

O usuário, como se sabe, não possui meios técnicos de informar detalhadamente sobre o material contendo cenas de nudez ou de atos sexuais privados que estão na internet sem sua autorização, até mesmo pela velocidade com que se propaga este tipo de ilícito. Neste sentido, por mais que seja um avanço se comparado com o art. 19 citado anteriormente, ainda assim é prejudicial ao usuário e merece um estudo específico no presente trabalho.

Ainda no que concerne à responsabilidade civil no presente caso deve-se antecipar algumas informações. O provedor de aplicações de internet somente seria responsabilizado subsidiariamente por essa violação à privacidade qualificada se, após a notificação extrajudicial pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover de forma diligente a indisponibilidade desse conteúdo.

Esta constatação muda o entendimento anterior ao Marco Civil da Internet do Superior Tribunal de Justiça, que era mais benéfico para o usuário.

O Superior Tribunal de Justiça entendia que, após notificado extrajudicialmente de conteúdo ilícito, caso o provedor de conteúdo não retirasse o material do ar em 24 horas, responderia solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da sua omissão⁶⁷.

Percebe-se que houve uma mudança relevante quanto à responsabilização civil dos provedores de conteúdo por eventual descumprimento de notificação extrajudicial no cerne da privacidade qualificada. Antes do Marco Civil da Internet, o provedor responderia solidariamente com o autor do ilícito em caso de descumprimento da notificação extrajudicial. Com o advento da Lei n. 12.965/14 o provedor de conteúdo passou a ser responsabilizado somente subsidiariamente em caso de não cumprimento da medida. Justamente por isso, parte da doutrina considera inconstitucional também este dispositivo, conforme será analisado em capítulo específico sobre a responsabilidade civil dos provedores.

2.3 Princípio da proteção dos dados pessoais

Com o desenvolvimento tecnológico houve o surgimento de um maior fluxo informacional e, conseqüentemente, ganhou-se destaque as discussões acerca da proteção dos direitos de personalidade, principalmente no âmbito da privacidade e da intimidade, uma vez que ocorreu maior facilidade para a captação, armazenamento e distribuição de dados e informações pessoais⁶⁸.

⁶⁷ Brasil, STJ, REsp 1.323.754/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 19/06/2012.

⁶⁸ “Dados pessoais são aquelas informações que permitem identificar a pessoa a quem dizem respeito. A proteção dos dados pessoais tem como objeto (1) o direito à intimidade e (2) o direito à identidade pessoal. Enquanto o primeiro importa na autodeterminação informativa, o segundo visa a impedir que a identidade pessoal seja alterada por informações inexatas ou incompletas.” KLEE, Antonia Espíndola Longoni; MARTINS, Guilherme Magalhães. *A privacidade, a proteção dos dados e dos registros pessoais e a Liberdade de expressão: algumas reflexões sobre o Marco Civil da Internet no Brasil (Lei nº 12.965/2014)*. In: *Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 325.

Danilo Doneda⁶⁹ bem lembra que a autonomia da proteção de dados pessoais hoje é uma tendência enraizada em diversos ordenamentos jurídicos. Acrescenta, também, que o desenvolvimento autônomo desta matéria foi intenso desde as suas primeiras formulações no final da década de 1960, quando a utilização automatizada de dados pessoais começou a ser debatida pela sociedade a partir do desenvolvimento tecnológico e da percepção de que os seus efeitos seriam importantes para a sociedade.

Cíntia Rosa Pereira de Lima e Bruno Bioni⁷⁰ lembram que o Marco Civil da Internet teve uma preocupação maior com a proteção dos dados pessoais, principalmente após os escândalos revelados por Edward Snowden em meados de 2013⁷¹.

Atualmente, os dados pessoais são coletados com mais afinco, independentemente da posição em que as pessoas se encontrem (contribuinte, paciente, trabalhador, consumidor etc.). Neste sentido, inegável que a utilização dos dados pessoais por órgãos públicos e privados, com o avanço da tecnologia, apresenta novos desafios à proteção dos dados pessoais e à privacidade⁷².

Neste cenário, foi promulgado o Marco Civil da Internet, que, em diversos momentos, menciona a proteção aos dados pessoais, deixando claro que este é um dos princípios norteadores do uso da internet do país (art. 3º, III, da Lei n. 12.965/14), dedicando, inclusive, uma Seção do Capítulo III para versar sobre o assunto (Seção II do Capítulo III, da Lei n. 12.965/14).

O art. 7º do Marco Civil da Internet, que versa sobre os direitos e garantias dos usuários demonstra a importância dada ao tema pelo legislador, estipulando que os dados pessoais dos usuários, inclusive registros de

⁶⁹ DONEDA, Danilo. *Princípios de Proteção de dados pessoais*. In: Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 370.

⁷⁰ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; BIONI, Bruno Ricardo. *A proteção dos dados pessoais na fase de coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada pelo artigo 7, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet a partir da Human Computer Interaction e da Privacy by Default*. In: Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 263.

⁷¹ Edward Snowden é um ex-analista de sistemas da Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos/NSA, que fez revelações de vários programas sobre o sistema de vigilância utilizado por esse órgão.

⁷² MENDES, Laura Schertel. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, ano 20, n. 79, p. 45, jul./set. 2011.

conexão, e de acesso a aplicações de internet, não devem ser fornecidos a terceiros, salvo mediante livre consentimento expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (art. 7º, VII, Lei n. 12.965/14).

Ademais, os usuários têm direito a informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que justifiquem sua coleta, que não sejam vedadas pela legislação e que estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet (art. 7º, VIII, Lei n. 12.965/14). Sobre a coleta, uso, armazenamento e tratamento dos dados pessoais deverá haver consentimento expresso por parte do usuário através de cláusula contratual que seja destacada das demais (art. 7º, IX, Lei n. 12.965/14).

Caso haja o término da relação entre as partes, deverá ocorrer a exclusão definitiva dos dados pessoais que o usuário tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, salvo nas hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas no Marco Civil da Internet (art. 7º, X, Lei n. 12.965/14).

O Marco Civil da Internet determina, ainda, que a guarda e a disponibilização dos registros relativos a dados pessoais, de conexão, de acesso a aplicações de internet e do conteúdo de comunicações privadas devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas envolvidas direta ou indiretamente. O provedor somente será obrigado a disponibilizar estes registros mediante ordem judicial específica (art. 10, Lei n. 12.965/14).

O ponto central relativo ao tratamento dado à proteção dos dados pessoais no Marco Civil da Internet, no entanto, está no art. 11, que estipula que “em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros”.

Neste sentido, se ao menos um dos terminais estiver localizado no Brasil, deve-se respeitar as leis brasileiras. O mesmo ocorre se as atividades

forem realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil (§§1º e 2º do art. 11, da Lei n. 12.965/14).

O dispositivo legal elenca, ainda, que Decreto deverá regulamentar o procedimento para apuração de infrações relativas ao disposto no art. 11, da Lei n. 12.965/14 supracitado. Este decreto, no entanto, só veio a ser promulgado em 11 de maio de 2016 (Decreto n. 8.771/16).

O art. 13, do Decreto n. 8.771/16 elenca os padrões de segurança e sigilo dos registros, dados pessoais e comunicações privadas, estipulando que tanto os provedores de conexão como os de aplicações, na guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais e comunicações privadas, devem observar determinadas diretrizes sobre padrões de segurança, dentre as quais: o estabelecimento de controle estrito sobre o acesso aos dados mediante a definição de responsabilidades das pessoas que terão possibilidade de acesso e de privilégios de acesso exclusivo para determinados usuários; a previsão de mecanismos de autenticação de acesso aos registros; a criação de inventário detalhado dos acessos aos registros de conexão e de acesso a aplicações, contendo o momento, a duração, a identidade do funcionário ou do responsável pelo acesso designado pela empresa e o arquivo acessado; o uso de soluções de gestão dos registros por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados.

Além disso, o §2º do art. 13, do Decreto n. 8.771/16 estipula que os provedores deverão reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e acesso a aplicações, que deverão ser excluídos após o atingimento da finalidade de seu uso ou se encerrado o prazo determinado por obrigação legal.

O Decreto n. 8.771/16 define, ainda, o que seria dado pessoal e tratamento de dados pessoais no art. 14. Dado pessoal é o “dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locacionais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa”, enquanto que tratamento de dados pessoais é “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução,

transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

Apesar do Marco Civil da Internet ter como um de seus sustentáculos a proteção de dados pessoais, percebe-se que o as Leis no Brasil ainda não definem de forma clara os princípios e a proteção contra o mau uso de informações pessoais⁷³.

O Brasil tem se preocupado com o assunto, no entanto, desde 2010, quando o Ministério da Justiça propôs um debate sobre o anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais através da plataforma “Cultura Digital” (<http://culturadigital.br/dadospessoais>).

Neste contexto, alguns Projetos de Lei surgiram com a finalidade de aprovar uma lei geral de proteção de dados pessoais, merecendo destaque o Projeto de Lei n. 5.276 de 2016, pelo seu caráter democrático.

Este projeto foi o resultado de um amplo debate promovido pelo Ministério da Justiça durante quase seis meses na plataforma “Cultura Digital”, recebendo milhares de visitas e diversas contribuições. O conteúdo foi apresentado pelo Ministério da Justiça em parceria com o Centro de Estudos sobre Tecnologias Web (Ceweb), vinculado ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (Nic.br) e com o Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para a Web (InWeb), da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

O objetivo central do Projeto de Lei n. 5.276/16 foi assegurar que o cidadão tivesse controle e titularidade sobre suas informações pessoais, baseando-se em princípios como a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, na liberdade de expressão, no desenvolvimento econômico e tecnológico e na defesa do consumidor.

As informações pessoais têm assumido papel de destaque nas discussões envolvendo Direito e Internet, tendo grande repercussão na esfera econômica, sendo certo que com informações sobre os usuários em mãos ter-

⁷³ Neste sentido manifestou-se, inclusive, o Ministro Ricardo Villas-Bôas Cueva, defendendo que o que o Brasil oferece hoje sobre proteção de dados, seja pela jurisprudência, seja pela doutrina, é insuficiente, sendo necessário que o Congresso legisle sobre o tema. In: CONSULTOR JURÍDICO. *Brasil precisa de lei sobre proteção de dados pessoais, diz Villas-Bôas Cueva*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-15/brasil-lei-protECAo-dados-pessoais-cueva>>. Acesso em: 24/08/2017.

se-á informações quanto ao perfil de cada um deles. Com o avanço da tecnologia da informação, ampliou-se significativamente o potencial de coleta, processamento e utilização de dados pessoais, o que pode gerar, dentre outras consequências, graves riscos aos direitos da personalidade do cidadão.

Como exemplo da importância dos dados pessoais na atualidade, cita-se a compra do aplicativo WhatsApp pelo Facebook. A operação teve um custo de bilhões de dólares em virtude de abarcar informações sobre os usuários que eram disponibilizadas no aplicativo, tendo um nítido lucro indireto com as informações destes. Se analisarmos o aplicativo WhatsApp, não há qualquer propaganda ou serviço de compra ou venda dentro dele, o que este aplicativo busca essencialmente são as informações dos usuários que o utilizam.

Ao se comunicar no aplicativo, o consumidor fornece informações sobre orientações políticas, de consumo e de tomada de decisões que, posteriormente, poderão ser utilizadas pelo administrador, que analisará o perfil do usuário em conjunto com as informações contidas em outros aplicativos do mesmo grupo, como Facebook e Instagram, para direcionar propaganda de acordo com os interesses de cada usuário.

Nessa linha, a Câmara dos Deputados aprovou em julho de 2018 o Projeto de Lei da Câmara n. 53 que estabelece a “Lei Geral de Proteção de Dados”, dispondo sobre “o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”. A matéria foi tratada na forma de substitutivo ao então Projeto de Lei n. 4.060/2012, no qual se encontram apensos à proposição principal o supracitado Projeto de Lei n. 5.276/16 e o Projeto de Lei n. 6.291/16.

O próprio Projeto de Lei elenca uma série de requisitos para o tratamento dos dados pessoais, sem os quais este não poderia ser reputado legítimo. Dentre estes requisitos está o consentimento livre e inequívoco do titular dos dados pessoais, baseando-se na boa-fé, de modo a preservar a sua autodeterminação e proteger a sua personalidade.

Cabe destacar, também, que o Projeto de Lei da Câmara n. 53/2018 proíbe, entre outras coisas, o tratamento dos dados pessoais para a prática de

discriminação ilícita ou abusiva. Esse tratamento nada mais é do que o cruzamento de informações de uma pessoa específica ou de um grupo para subsidiar determinadas decisões comerciais (por exemplo, traçar o perfil de consumo para divulgação de ofertas de bens ou serviços), políticas públicas ou atuação de órgão público.

Ao se estabelecer regras atinentes à proteção de dados pessoais, estará se protegendo o titular destes dados e, ao mesmo tempo, favorecendo a sua utilização dentro em um contexto mínimo de segurança, transparência e boa-fé, garantindo segurança jurídica entre os titulares e usuários de dados.

Por mais que a proteção dos dados pessoais seja um dos princípios norteadores do Marco Civil da Internet, percebe-se que para a efetivação dessa proteção faz-se mister que haja uma Lei versando especificamente sobre o assunto. Neste cenário, os Projetos de Lei que versam sobre o assunto (notadamente o Projeto de Lei da Câmara n. 53/2018) ganham particular importância.

A consolidação de um regime de proteção de dados pessoais assegurará a instituição de princípios harmônicos sobre o tema, proporcionando controle acerca do processamento de dados e assegurando que o cidadão tenha ingerência sobre as suas próprias informações pessoais, garantindo a necessária segurança jurídica para a população, para a administração pública e para a atividade empresarial no que concerne ao tema.

Obviamente, as questões relativas a violações dos dados pessoais afetam a esfera privada dos usuários, que têm a sua personalidade atingida pelo mau uso destas informações. Portanto, muitas vezes, estas violações podem acarretar em discussões acerca de eventuais danos no judiciário, sobrecarregando-o ainda mais e gerando grave insegurança jurídica quanto ao tema por falta de legislação específica sobre o assunto e por poder haver decisões conflitantes entre si.

2.4 Princípio da neutralidade de rede

Uma das principais inovações decorrentes do advento da Lei n. 12.965/14 é a chamada neutralidade de rede (neutralidade da internet ou

network neutrality, em inglês). Essa garantia do usuário consiste basicamente no fato de que todas as informações que trafegam na rede devem ser tratadas de forma igualitária, não podendo haver distinção ou interferência no tráfego online.

Este princípio já era muito discutido mundo afora e antecede até mesmo o debate atual envolvendo a internet, mas, no Brasil, a discussão ganhou força com o Marco Civil da Internet.

Existe uma clara inclinação da doutrina e da legislação nacional ao conceito dado por Tim Wu à neutralidade de rede:

*Network neutrality is best defined as a network design principle. The idea is that a maximally useful public information network aspires to treat all content, sites, and platforms equally. This allows the network to carry every form of information and support every kind of application.*⁷⁴

O debate em torno deste princípio iniciou-se com mais profundidade somente nos anos 2000, período em que houve a expansão da banda larga e o aumento do número de dispositivos conectados à internet, devido ao surgimento de *smartphones* e *tablets*, bem como de novas tecnologias de internet móvel. Nesta época a expansão física das redes de telecomunicações disponíveis não conseguiu acompanhar o ritmo de crescimento dos dispositivos conectados à internet e dos diversos novos serviços, surgindo evidências de que provedores de acesso estariam discriminando o tráfego de aplicações conforme seus interesses⁷⁵.

Em 2003, Tim Wu⁷⁶ publicou uma proposta de regulamentação da neutralidade de rede (“*Network neutrality, broadband discrimination*”) no *Journal of Telecommunications and High Technology Law* da Universidade de

⁷⁴ “Neutralidade da rede é melhor definido como um princípio do design da Internet. A ideia é que o máximo aproveitamento da informação pública da Internet aspira o tratamento de todo o conteúdo, sites e plataformas igualmente. Isso permite a rede transportar todas as formas de informação e suporte a cada tipo de aplicação.” (tradução livre) WU, Tim. *Network Neutrality FAQ*. Disponível em: <http://www.timwu.org/network_neutrality.html>. Acesso em: 22/06/2016.

⁷⁵ Vide também: RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Uma questão de escolhas: o debate sobre a regulamentação da neutralidade da rede no Marco Civil da Internet*. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, São Paulo: FUNJAB, pp. 266-291.

⁷⁶ WU, Tim. *Network neutrality, broadband discrimination*. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, v. 2, pp.141-179, 2003.

Colorado. A ideia do ensaio foi nortear uma eventual legislação que abarcasse todas às nuances sobre o tema e se tornou um marco sobre o assunto.

Como se nota, este princípio se mostra importante no sentido de garantir o livre acesso a qualquer tipo de informação na rede. Mostra-se também como um verdadeiro norteador dos provedores de conexão, tendo como um de seus objetivos implícitos a inclusão digital, que consiste em um processo de democratização do acesso às tecnologias da informação, permitindo a inserção de todos (em especial as pessoas de baixa renda) na denominada “sociedade da informação”⁷⁷.

A violação deste princípio pode ocorrer por diversas formas como o bloqueio de conteúdos, a redução de velocidade e a cobrança diferenciada de preços por aplicação ou serviço.

O primeiro modo de discriminação (bloqueio de conteúdos) geralmente ocorre em países cujo regime político é ditatorial ou autoritário. Nestes países, costuma haver um rigoroso controle na internet, uma verdadeira censura, do que os usuários podem ou não acessar. Como exemplos citam-se países como a China⁷⁸, Tailândia⁷⁹, Arábia Saudita⁸⁰ entre outros que proíbem o acesso a diversos sites.

A discriminação por redução da velocidade, como o próprio nome já diz, ocorre quando há nítida diminuição da velocidade ao se carregar um aplicativo ou site específico em comparação com os demais. Tal fato pode ocorrer pelas mais diversas razões, sendo as mais comuns a diminuição da

⁷⁷ Ao se analisar o Decreto n. 8.771/16 nota-se que o ideal de inclusão digital foi elencado no art. 10. Este artigo estipula que as ofertas comerciais e os modelos de cobrança de acesso à internet devem preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, sendo esta um meio para a promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural de forma a contribuir para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.

⁷⁸ A China além de bloquear diversos dos sites mais populares do mundo tais como Google, Facebook e Twitter tem também combatido o serviço VPN (*Virtual Private Network* ou, em tradução livre, “Rede Privada Virtual”). Tal serviço era utilizado pelos usuários chineses para tentar driblar a “Grande Muralha de Fogo” - como é conhecido o sofisticado sistema de censura da internet do governo chinês – e simula o acesso a internet como se fosse feito de outro país e não da China.

⁷⁹ Em 2014 a nova junta do governo militar na Tailândia optou por bloquear os conteúdos que fossem críticos ao golpe argumentando que os serviços seriam suspensos caso houvesse crítica ao Conselho e violação de suas leis. Tal censura as redes sociais se somou ao bloqueio da transmissão de emissoras locais e internacionais e das estações de rádio.

⁸⁰ A Arábia Saudita controla o conteúdo que os usuários podem acessar na internet através de um sofisticado sistema de filtros. O interessante neste sistema é que uma espécie de “censura colaborativa”, pois os próprios usuários podem sugerir as autoridades quais sites devem ser incluídos e quais devem ser removidos da lista de proibição de acesso. Nota-se que os principais tópicos censurados são os que vão contra preceitos da religião muçulmana.

qualidade de um serviço concorrente a outro (cita-se como exemplo a diminuição de qualidade do WhatsApp ou do Skype para forçar o usuário a utilizar o serviço de telefonia tradicional); outro modo ocorre para reduzir-se o consumo de serviços que utilizam mais dados (cita-se como exemplo a redução de velocidade para acessar o *Youtube* entre outros sites de vídeos ou músicas). Salienta-se que geralmente este tipo de discriminação, diferentemente dos outros modos, ocorre de forma oculta, sendo por vezes difícil a percepção por parte do usuário.

Por sua vez, também poderá ocorrer discriminação por cobrança diferenciada de preços por aplicação ou serviço. Nesta modalidade, há uma clara diferença no preço ao usuário que acessa determinado tipo de conteúdo ou site. Como exemplo, cita-se o fato de um provedor querer cobrar a mais do usuário por acessar sites cujo consumo de dados é maior (por exemplo, *Youtube*, *Netflix* etc.).

Em dezembro de 2017, a Comissão Federal de Comunicações (FCC, na sigla em inglês) dos Estados Unidos da América, aprovou a revogação de medidas estabelecidas em 2015 para proteger a neutralidade da rede. Revertendo o entendimento da rede como um “bem público”, no qual os provedores de internet são obrigados a tratar todos os dados de maneira igual, sem discriminação por sua origem, tipo e destino. Com isto, se a decisão for referendada pelo Congresso americano, será possível, nos EUA, um sistema que permite diferentes velocidades em função do pagamento e dos interesses dos operadores, podendo, inclusive, priorizar determinados conteúdos e cobrar pacotes diferenciados de acesso.

No Brasil, o temor dos que se opõem à medida tomada pelos Estados Unidos da América é que a mudança adotada por eles, berço da neutralidade de rede, possa reabrir o debate sobre o tema no país. Aqui, a neutralidade de rede passou a ser garantida a partir da promulgação do Marco Civil da Internet em 2014⁸¹.

Ao se analisar a Lei n. 12.965/14, tem-se que o Brasil adotou a neutralidade de rede como um princípio norteador do uso da internet no país

81

Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/15/politica/1513351293_438759.html. Acesso em: 16/02/2017.

(art. 3º, IV, Lei n. 12.965/14). O assunto é tratado no Capítulo III, Seção I do referido diploma legal - mais especificamente no art. 9º - notando-se uma clara inclinação à definição clássica trazida por Tim Wu.

Válido dizer que em 2016 foi regulamentado o Decreto n. 8.771 pela Presidência da República. Este regulamento é importante no que concerne à neutralidade de rede, uma vez que um de seus objetivos foi o de regulamentar o Marco Civil da Internet sobre a questão, trazendo diversas informações relevantes sobre o assunto.

Do art. 9º da Lei n. 12.965/14, depreende-se que os provedores de internet devem tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, não podendo fazer distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação, sendo que essa exigência de tratamento isonômico, conforme o art. 3º do Decreto n. 8.771/16, deve garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à internet bem como os fundamentos, princípio e objetivos do uso da internet no Brasil⁸².

Estipulou-se na Lei n. 12.965/14 que a discriminação ou degradação do tráfego seria regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República (art. 84, IV, Constituição Federal), devendo ser ouvidos o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e a Agência Nacional de Telecomunicações e só poderá decorrer de dois motivos: de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações e; priorização dos serviços de emergência.

De fato, a discriminação ou a degradação do tráfego foram regulamentadas somente em 2016, com o supracitado Decreto n. 8.771/16. Neste ficou estipulado que estas são medidas excepcionais e só poderão ocorrer nas hipóteses citadas anteriormente.

⁸² Há quem entenda, inclusive, que o sistema do Processo Judicial Eletrônico (PJe) lançado em 2011 pelo Conselho Nacional de Justiça com o objetivo precípuo de padronizar o sistema de integração dos tribunais violaria as noções de neutralidade da rede. Tal fato decorre de o PJe, como um provedor de aplicação que é, deveria se submeter as regras inerentes a isto, respeitando os ditames do Marco Civil da Internet. Ocorre que não há padronização quanto aos navegadores e sistemas operacionais dos tribunais brasileiros gerando diversos problemas práticos e prejudicando quem utiliza o sistema, pois, ao priorizar determinados navegadores o PJe estaria violando a neutralidade da rede. Neste sentido: FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMIGNAN, Wéverton Gabriel Gomes. *O Processo Judicial Eletrônico (PJE) e a violação à neutralidade de rede*. In: Direito e Ciência Política: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raymundo Juliano do Rego Feitosa, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, pp. 248-257.

Além disso, o Decreto trouxe informações mais detalhadas do que seriam os requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações no seu art. 5º. Basicamente estes requisitos têm como objetivo manter a estabilidade, segurança, integridade e funcionalidade da rede e são aqueles decorrentes de tratamento de questões de segurança de redes e de tratamento de situações excepcionais de congestionamento de redes⁸³.

Como exemplos de tratamento de questões de segurança de redes, citam-se o envio de mensagens em massa (*spam*) e o controle de ataques de negação de serviço. Por sua vez, como exemplo de tratamento de situações excepcionais de congestionamento de redes, pode-se elencar as rotas alternativas em casos de interrupções da rota principal e em situações de emergência.

Outro ponto relevante trazido pelo Decreto n. 8.771/16 é que a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) deve atuar na fiscalização e na apuração de infrações quanto aos requisitos técnicos ora elencados, devendo ser consideradas as diretrizes estipuladas pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br).

Por sua vez, o art. 8º do referido Decreto estipulou que a degradação resultante da priorização de serviços de emergência somente poderá decorrer de duas hipóteses: comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência ou comunicação entre eles, conforme previsto em regulamentação da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) ou; comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública. Salienta-se que a transmissão de dados nestes casos deverá ocorrer de forma gratuita.

Vale ressaltar que nas hipóteses previstas anteriormente de degradação ou discriminação do tráfego, o responsável não poderá causar danos aos usuários, devendo agir com proporcionalidade, transparência⁸⁴ e

⁸³ Para a adequada prestação de serviços e aplicações na internet é permitido o gerenciamento de redes, mas deve-se utilizar apenas de técnicas compatíveis com os padrões internacionais, desenvolvidas para o bom funcionamento da internet, além de observar os parâmetros regulatórios expedidos pela Anatel e as diretrizes estabelecidas pelo CGI.br.

⁸⁴ O art. 7º do Decreto 8.771/16 estipulou como medidas de transparência sobre os motivos do gerenciamento que impliquem em discriminação ou degradação a indicação nos contratos de prestação de serviço firmado com usuários finais ou provedores de aplicação e a divulgação de informações referentes às práticas de gerenciamento adotadas em seus sítios eletrônicos, devendo a linguagem ser de fácil compreensão ao usuário. Vale ressaltar que as informações

isonomia bem como informar previamente sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, oferecendo serviços em condições comerciais não discriminatórias, abstendo-se, também, de praticar condutas anticoncorrenciais (art. 9º, §2º, Lei n. 12.965/14). Nesta espécie de degradação ou discriminação, o provedor de conexão poderia, com o fim de praticar atividade anticoncorrencial, degradar o tráfego de serviços concorrentes aos seus, favorecendo o seu conteúdo proprietário⁸⁵.

Com o histórico de outros países na questão de censura na rede e o passado recente do Brasil, o legislador optou por estipular nitidamente no §3º do art. 9º da Lei n. 12.965/14 que no serviço de conexão à internet bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é proibido bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados. Além disso, são vedadas, conforme o art. 9º do Decreto n. 8.771/16, condutas unilaterais ou acordo entre o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento (geralmente os provedores de conexão) e os provedores de aplicação que visem comprometer o caráter público e irrestrito do acesso à internet, que priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais e que privilegiem aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, comutação ou roteamento ou empresas que integrem seu grupo econômico.

No entanto, recentemente, o Brasil tem enfrentado diversas discussões quanto à neutralidade da rede. Por mais que o Marco Civil da Internet o apregoe como um dos pilares do uso da internet no país, há discussões envolvendo “limite de dados” por parte das operadoras. O assunto é extremamente relevante e merece um capítulo a parte para melhor análise.

deverão conter, no mínimo, a descrição das práticas adotadas, os efeitos destas na qualidade de experiência dos usuários e os motivos para adoção delas.

⁸⁵ Neste sentido: “Em última instância, a neutralidade tem o efeito de evitar o acesso desigual ou a discriminação (seja degradação ou priorização) sobre o tráfego da rede bem como práticas anticompetitivas (ou seu incentivo), por meio das quais o detentor da infraestrutura e rede que controla o acesso e sua precificação, trafega os dados e provê o serviço dessa entrega, tem a habilidade de degradar o tráfego de serviços concorrentes aos seus, favorecendo o seu conteúdo proprietário, em especial os serviços transportados (correio eletrônico, mensagens instantâneas, vídeos, dados) ou o acesso ao conjunto dinâmico de conteúdos/serviços/aplicações/usos acessíveis através da rede”. MELCHIOR, Silvia Regina Barbuy. *Neutralidade no direito brasileiro*. In: Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014. MASSO, Fabiano Dolenc Del; ABRUSIO, Juliana, FLORENCIO FILHO; Marco Aurelio. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

2.4.1 Princípio da neutralidade de rede *versus* limite de dados

O Brasil tem enfrentado, recentemente, grande discussão acerca dos limites de dados por parte dos provedores de internet, principalmente com a revogação de medidas de proteção à neutralidade de rede por parte da Comissão Federal de Comunicações (FCC, na sigla em inglês) nos Estados Unidos da América em dezembro de 2017⁸⁶.

A ideia central é que as empresas (provedores de internet) querem limitar o uso de internet no país pelos usuários com a premissa de que “quem usa mais deve pagar mais”, ou seja, quem usa serviços que consomem mais dados como, por exemplo, *streaming* de vídeos e músicas⁸⁷ deveria pagar mais do que os usuários que usam serviços que consomem menos dados, como acesso a e-mails e notícias.

Os principais argumentos contrários a esta limitação se encontram no próprio Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). Há processos na justiça argumentando que isto seria ilegal, citando, principalmente, o art. 7º, IV do diploma legal, que estipula como direito do usuário a não suspensão da conexão à internet, exceto se esta se der por débito diretamente decorrente de sua utilização.

No art. 9º da Lei n. 12.965/14, que trata especificamente sobre a neutralidade de rede, conforme já exposto, há clara estipulação de que o limite de dados é contrário à lei ao estipular que o usuário deve receber serviços em condições comerciais não discriminatórias e as operadoras só poderiam estabelecer discriminação ou degradação do tráfego se decorrente de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações ou para priorizar serviços de emergência.

A limitação do pacote de dados, além disso, também vai contra a inclusão digital, um dos principais objetivos da neutralidade de rede. Ao se

⁸⁶ Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/15/politica/1513351293_438759.html>. Acesso em: 16/02/2017.

⁸⁷ *Streaming* é uma forma de transmissão instantânea de dados de áudio e vídeo que se popularizou com o advento da *Web 2.0*, principalmente pelo fato de não haver necessidade de se fazer o *download*, tornando o acesso aos conteúdos mais rápido e prático. Vale ressaltar que o *streaming* não é de fato uma tecnologia tão recente, mas se popularizou com a melhora na velocidade das conexões com a internet. Como exemplos deste tipo de serviço têm-se a *Netflix*, o *Youtube* e o *Spotify*.

analisar o art. 10 do Decreto n. 8.771/16 tem-se que a cobrança de acesso à internet deve preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, visto que esta é um meio de desenvolvimento econômico, social e cultural e contribui para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.

Neste sentido, se o provedor limita os dados “cobrando mais de quem usa mais” tem-se que a internet poderá ser acessada de forma realmente livre por quem de fato tem condições de pagar vultuosas quantias por ela, excluindo as pessoas que não possuem grande poder aquisitivo do uso democrático e livre da internet.

É justamente neste ponto que a discussão se torna maior. Como exposto, não pode haver, segundo o princípio da neutralidade de rede, qualquer tipo de discriminação de conteúdo - exceto nos casos excepcionados já estipulados. Sendo assim, a medida tomada pelas operadoras é ilegal e deve ser coibida.

O argumento dos provedores é que o Marco Civil da Internet não explicita regras quanto ao modelo de cobrança autorizado, não fazendo qualquer menção aos termos “franquia” ou “limites de dados” em seus artigos. Além disso, sustentam que o limite seria benéfico aos usuários e as empresas.

Outro argumento utilizado é que o modelo de cobrança por franquia é regulamentado no país tanto para conexões de banda larga fixa como para redes móveis. Neste sentido, o art. 63 do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (Resolução n. 614/13) estipula ser possível o estabelecimento de franquias e que poderá haver redução da velocidade contratada pelo usuário, sem cobrança adicional pelo consumo excedente. Caso o usuário, entretanto, opte por pagar este adicional deverão ser mantidas as demais condições de prestação do serviço.

Importante ressaltar que o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (Resolução n. 632/14) elenca em seu art. 22 que as operadoras devem fornecer ferramentas para que o consumidor acompanhe em tempo real os seus gastos, devendo informar ao cliente quando o pacote de dados estiver próximo do fim (art. 80 do Regulamento).

O que se mostra é uma legislação nitidamente contrastante. De um lado está o Marco Civil da Internet, que deixa claro que este tipo de limitação é

ilegal com base no princípio da neutralidade de rede, e do outro lado tem-se as Resoluções n. 614/13 e 632/14 da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) que a permitem.

Não há, até o presente momento, um consenso sobre o assunto, sendo que diversas instituições procuraram o Poder Judiciário para resolver o impasse. A maioria das instituições que defendem os usuários é contra esta limitação, argumentando que o Marco Civil da Internet, neste ponto específico, é mais favorável ao usuário e, portanto, deveria prevalecer⁸⁸. O próprio Ministério das Comunicações pediu para que a Anatel defenda os consumidores contra quaisquer práticas abusivas dos provedores.

Contrários a esta limitação destacam-se o IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), o Proteste (Associação Brasileira de Defesa do Consumidor) e a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil).

O IDEC ingressou com uma Ação Civil Pública contra os maiores provedores de internet do Brasil para barrar a fixação de limite de tráfego de dados nos serviços de banda larga (processo n. 2016.01.1.041963-3/DF)⁸⁹, sob o argumento de que tal limitação violaria tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Lei de Crimes Econômicos (Lei n. 12.529/11), já que estas empresas detêm juntas cerca de 90% do mercado brasileiro e estariam tentando aumentar seus lucros ilegalmente. Além disso, as cláusulas contratuais que visam limitar a velocidade da internet ou bloqueá-la seriam ilícitas, vez que colocam o consumidor em desvantagem excessiva.

O Proteste, por sua vez, também ingressou com uma Ação Civil Pública em face das maiores empresas do setor (processo n. 1045633-86.2015.8.26.0100/SP), requerendo que os provedores de conexão à internet se adequassem aos termos do art. 7º, IV e art. 9º da Lei n. 12.965/14, que tratam sobre a neutralidade da rede.

A OAB, no entanto, apenas manifestou seu posicionamento contrário à limitação e em favor dos consumidores, não tendo ajuizado, até o presente

⁸⁸ Em um capítulo a parte presente trabalho, demonstrar-se-á que há típica relação de consumo entre usuários e os provedores de internet, devendo prevalecer o entendimento mais favorável a ele sempre que possível. Tal fato decorre, resumidamente, da proteção dada na Constituição Federal, que elenca a proteção ao consumidor como um direito fundamental e cláusula pétrea.

⁸⁹ O IDEC disponibilizou a petição Inicial da Ação Civil Pública n. 2016.01.1.041963-3/DF em seu site para consulta pública. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/pdf/acp-bloqueio-bandalarga-140416.pdf>>. Acesso em: 23/06/2016.

momento, nenhuma demanda judicial no sentido de proteger os direitos dos usuários⁹⁰.

Entende-se, assim, que neste ponto específico o Marco Civil da Internet de fato demonstrou um avanço na proteção dos usuários e na disciplina do uso da internet no país, permitindo a inclusão digital dos usuários.

Não há razão de direito e fática para que não prevaleça à proteção fornecida por nossa Constituição Federal concernente ao usuário, devendo prevalecer o que lhe for mais vantajoso, o que, conforme exposto, é o ideal trazido pelo princípio da neutralidade de rede e exposto no Marco Civil da Internet.

90

Disponível

em:

<<http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=42195&sid=4>>. Acesso em: 23/06/2016.

Capítulo 3. AS ESPÉCIES DE PROVEDORES SOB A ÓTICA DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Em análise anterior ao Marco Civil da Internet, Marcel Leonardi⁹¹ conceituou os chamados provedores de serviços de internet, dividindo-os em: provedor de *backbone*; de acesso; de correio eletrônico; de hospedagem e de conteúdo.

Ronaldo Lemos⁹², por sua vez, classifica os provedores em duas grandes espécies: os provedores de serviço de acesso (PSAs) e os provedores de serviços online (PSOs). Ressalta-se que os provedores de serviço de acesso aqui se confundem com a classificação trazida por Marcel Leonardi, enquanto que os provedores de serviços online podem abranger os provedores de hospedagem, de correio eletrônico e os provedores de conteúdo, dependendo da ocasião.

Para se entender a classificação adotada pelo Marco Civil da Internet, faz-se necessário analisar o *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), texto normativo dos Estados Unidos da América escrito em 1998 com fulcro a proteger a propriedade intelectual (mais especificamente os direitos autorais) nos mais diversos aspectos, como o combate a facilidade de cópia, circulação e, conseqüentemente, a violação de direitos autorais decorrentes da facilidade do uso da internet⁹³. Tal legislação foi pioneira na época de sua promulgação e serviu como modelo para outras normas referentes à regulamentação da internet, por isso merece maiores considerações.

O *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) tratou apenas dos provedores de serviço, não adotando especificamente a terminologia trazida por Ronaldo Lemos, mas muito semelhante àquela⁹⁴:

(k) DEFINITIONS.—

⁹¹ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

⁹² LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

⁹³ Vide também: LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 32.

⁹⁴ O *Digital Millennium Copyright Act* adotou a terminologia ISP (*internet service provider*) ou OSP (*online service provider*). Neste sentido, vide também: LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 50.

(1) *SERVICE PROVIDER.* — (A) *As used in subsection (a), the term “service provider” means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received.*

(B) *As used in this section, other than subsection (a), the term “service provider” means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A).⁹⁵*

O Marco Civil da Internet tratou apenas de duas espécies de provedores expressamente: os provedores de conexão (provedores de acesso) e os provedores de aplicações de internet. Há de se ressaltar que, apesar de não haver bem uma definição destas espécies de provedores na supramencionada Lei, tem-se que os provedores de conexão correspondem aos provedores de acesso (Marcel Leonardi) ou PSAs (Ronaldo Lemos). Os provedores de aplicações de internet, grosso modo, se assemelham aos provedores de serviços online (PSOs) trazido por Ronaldo Lemos.

Adota-se, para o presente trabalho, a classificação elencada pelo Marco Civil da Internet em dois grandes grupos: provedores de conexão e provedores de aplicações de internet. Tal enquadramento parece ser acertado, pois o legislador foi ao encontro de uma linguagem técnica utilizada na computação, no qual o termo “aplicação” relaciona-se a sistemas de informática projetados para serem utilizados através de um navegador, da internet ou por aplicativos⁹⁶.

⁹⁵ “(k) Definições. -

(1) Provedor de Serviço. – (A) O termo provedor de serviço, conforme utilizado na subseção (a), significa uma entidade que oferece a transmissão, roteamento, ou fornece conexões para comunicações digitais online entre ou em meio a pontos especificados por um usuário, de material que o usuário tenha escolhido, sem modificação do conteúdo do material tal como enviado ou recebido.

(B) O termo provedor de serviço, conforme utilizado nesta seção, mas em outro ponto que não a subseção (a), significa um provedor de serviços online ou de acesso a redes, ou o operador desses serviços, e inclui a entidade descrita no subparágrafo (A)” (tradução livre).

⁹⁶ Optou-se por não tratar com profundidade no presente trabalho os provedores de *backbone*. A razão disto é que não há maiores dificuldades quanto à responsabilização civil deste e qualquer estipulação a respeito na Lei n. 12.965/14. Basicamente, estes seriam as “espinhas dorsais da internet”, “são estruturas de redes capazes de manipular grandes volumes de informações, constituídas basicamente por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade”, conforme o item 2.2 da Nota Conjunta de junho de 1995 do Ministério das Comunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia.

3.1 Provedores de conexão (Provedores de acesso)

A internet permite aos seus usuários o exercício de direitos básicos, sendo uma ferramenta indispensável à vida em sociedade. É neste contexto que os provedores de conexão estão inseridos, podendo ser conceituados, grosso modo, como a ponte que liga a sociedade às diversas aplicações e facilidades do mundo virtual.

Na acepção clássica, provedores de conexão se confundem com provedores de acesso, não havendo razão para distinção entre os dois, sendo a diferença terminantemente terminológica. Muito embora a doutrina anterior ao Marco Civil da Internet costume adotar a expressão “provedor de acesso”, no presente trabalho adotaremos a terminologia que foi adotada na Lei n. 12.965/14, ou seja, “provedor de conexão”.

Com base na Portaria n. 148/95 do Ministério das Comunicações⁹⁷, Erica Barbagalo⁹⁸ - que adotou a terminologia “provedor de acesso” - classificou-o como aquele que disponibiliza ao usuário cadastrado a conexão à rede de computadores, através de um endereço IP (*Internet Protocol*)⁹⁹, obtido na entidade que coordena o sistema, exercendo uma função intermediária entre o usuário e a internet.

Marcel Leonardi¹⁰⁰, por sua vez, classifica-o como “a pessoa jurídica fornecedora de serviços que possibilitem o acesso de seus consumidores à Internet”.

Neste sentido, tem-se que a função precípua deste provedor é a transmissão da conexão à internet, desenvolvendo nitidamente uma função intermediária entre o usuário e a rede, fornecendo diretamente serviços que

⁹⁷ Segundo a Portaria 148/95 o Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) é definido como a entidade que presta o Serviço de Conexão à Internet, possibilitando o acesso à internet a usuários e provedores de serviços.

⁹⁸ BARBAGALO, Erica Brandini. *Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet*. In: Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet. LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 344-345.

⁹⁹ Endereço IP (endereço de protocolo de internet) é “o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais” (art. 5º, III).

¹⁰⁰ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 23.

Ronaldo Lemos, por sua vez, denomina esta espécie de provedores como Provedores de Serviços de Acesso (PSAs) mantendo, porém, basicamente a mesma definição. LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 31-36.

possibilitem conexão à internet aos usuários para que estes tenham acesso a outros tipos de serviços disponibilizados no ambiente virtual como os serviços de aplicações de internet, que serão tratados adiante.

O próprio Superior Tribunal de Justiça foi ao encontro desta ideia, reconhecendo que a o serviço prestado pelos provedores de conexão é uma atividade meio e não uma atividade fim, razão pela qual não incide ICMS no serviço prestado¹⁰¹.

Por óbvio, o acesso à internet pode ocorrer dos mais diversos modos, seja porque um usuário se conecta diretamente à internet por meio de entidades que a disponibilizem, seja indiretamente por meio, por exemplo, de *Wi-Fi* ou computadores de empresas, instituições de ensino, restaurantes etc.

O Marco Civil da Internet, no art. 5º, V, ao disciplinar o assunto, definiu “conexão à internet” como “a habilitação de um terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP”, o que demonstra o cuidado do legislador em trazer as ideias centrais ora elencadas sobre a provisão de conexão à internet.

Neste sentido, pode-se definir o provedor de conexão como a pessoa jurídica que habilita um terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados pela internet pelos seus usuários mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP, exercendo uma função intermediária entre o usuário e a internet, possibilitando o acesso deste a outros serviços conforme o seu interesse e necessidade.

Com a busca cada vez maior da denominada inclusão digital, esta espécie de provedor vem ganhando ainda mais importância, pois é imprescindível para que tal fato ocorra. O próprio Marco Civil da Internet em seu art. 7º estipula que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania e a suspensão da conexão à internet só poderá ocorrer por débito diretamente decorrente de sua utilização (art. 7º, IV).

Ressalta-se que o usuário pode pagar tanto diretamente por este serviço quando paga, por exemplo, conforme a velocidade, tempo de acesso e qualidade do serviço prestado quanto indiretamente quando, por exemplo, esta é paga por anunciantes.

¹⁰¹ Súmula 334, STJ - O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet.

De nada interfere se para o usuário a prestação do serviço de conexão é onerosa ou gratuita. A relação entre o usuário e esta espécie de provedor é nitidamente de consumo. O primeiro é o destinatário final do serviço de acesso à internet, enquanto que o provedor de conexão é o prestador de serviço.

Alguns doutrinadores¹⁰² mencionam certos serviços adicionais que seriam prestados por provedores de conexão, tais como hospedagem e correio eletrônico - tal fato era muito comum no início da expansão da internet no país, inclusive. No entanto, estes serviços não se confundem com o serviço de conexão à internet, mesmo que eventualmente a mesma entidade forneça ambos¹⁰³.

De fato, são bem distintos e, caso um provedor de conexão preste, por exemplo, também serviço de correio eletrônico, deve este ser considerado um provedor de conexão no que concerne ao serviço de acesso à internet e um provedor de correio eletrônico no que concerne ao serviço de correio eletrônico prestado, não havendo razão para serem confundidos.

Válido expor que este provedor é o verdadeiro viabilizador da neutralidade de rede e que permite o acesso democrático à internet, a inclusão digital e a inserção de todos na denominada “sociedade da informação”.

Para que seja atingido este objetivo inerente a esta espécie de provedor, tem-se que não pode haver qualquer tipo de discriminação de conteúdo da rede, seja reduzindo a velocidade, cobrando preços diferentes por aplicação ou serviço ou até mesmo bloqueando o acesso a determinados conteúdos.

Como se observa, o provedor de conexão é um nítido fornecedor de serviços, sujeitando-se ao Código de Defesa do Consumidor no que couber.

¹⁰² Patrícia Peck Pinheiro, por exemplo, define o provedor de acesso como “uma empresa prestadora de serviços de conexão à Internet e de serviços de valor adicionado como hospedagem, que detém ou utiliza uma determinada tecnologia, linhas de telefone e troncos de telecomunicações próprios ou de terceiros”. PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52.

¹⁰³ No mesmo sentido, Marcel Leonardi: “não se afigura correta definição de *provedor de acesso* que mencione serviços adicionais oferecidos por outras espécies de provedores (tais como correio eletrônico, hospedagem ou conteúdo), serviços esses que não se confundem com o serviço de acesso à rede, ainda que muitas vezes sejam oferecidos pela mesma pessoa jurídica. Este equívoco conceitual é repetido por diversos autores”. LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 24.

Além disso, o conceito de provedor de conexão não foi alterado com a edição do Marco Civil da Internet, que adotou a definição já existente e predominante na doutrina nacional estipulando também que este tem como uma de suas funções precípuas fomentar a neutralidade de rede sem qualquer tipo de discriminação, permitindo a inclusão dos usuários na “sociedade da informação”.

3.2 Provedores de aplicações de internet

Quanto aos provedores de aplicações de internet, têm-se maiores dificuldades conceituais. A doutrina nacional¹⁰⁴ entende que este seria um gênero da qual são espécies os provedores de correio eletrônico, de hospedagem e os de conteúdo¹⁰⁵.

Ronaldo Lemos¹⁰⁶ não utiliza a terminologia “aplicações de internet”, classificando estes provedores como Provedores de Serviços Online (PSOs) que, grosso modo, em muito se assemelham. Para ele, os PSOs abrangem diversas espécies de provedores a depender da situação apresentada concretamente.

Ao se analisar essa acepção técnica fornecida por Ronaldo Lemos, percebe-se que este incorporou uma definição trazida de direito estrangeiro (decorrente principalmente do *Millennium Copyright Act – DMCA*), que define os denominados PSOs ou OSPs (*Online Service Provider*) como:

Abbreviated as OSP, an online service provider is a generic term that describes any company, organization or group that provides an online service. These types of services may

¹⁰⁴ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005; LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Vale destacar que ambos os doutrinadores não adotaram a terminologia “aplicações de internet”, mas subdividiam os provedores de serviços (Marcel Leonardi) ou PSOs (Ronaldo Lemos) em provedores de correio eletrônico, hospedagem e conteúdo.

¹⁰⁵ O Superior Tribunal de Justiça, em julgado isolado antes da promulgação do Marco Civil da Internet, entendeu que “o provedor de correio eletrônico (e-mail) é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois propicia o envio de mensagens aos destinatários indicados pelos usuários, incluindo a possibilidade de anexar arquivos de texto, som e imagem” (Brasil, STJ, REsp1.300.161/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 19/06/2012). *Data venia*, esta classificação parece-nos equivocada, pois a maioria da doutrina defende que estes não se confundem, sendo ambos espécies do gênero provedor de aplicações de internet e fornecendo serviços distintos.

¹⁰⁶ LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 31-36.

*include Web sites, discussion forums, chat rooms, or Web mail. OSPs may also refer to a company that provides dial-up access to the Internet.*¹⁰⁷

O Marco Civil da Internet em seu art. 5º, VII, expõe que aplicações de internet é “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”. Ademais, no art. 15 da referida Lei tem-se que este provedor é aquele “constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos”.

Portanto, o provedor de aplicação de internet pode ser definido como qualquer pessoa jurídica que, através de um terminal conectado à internet, fornece um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas pelos usuários.

3.2.1 Provedores de correio eletrônico

O Marco Civil da Internet não definiu expressamente o provedor de correio eletrônico, cabendo o papel de fazê-lo à doutrina. Marcel Leonardi¹⁰⁸ elenca que o serviço usualmente prestado por este consiste na possibilidade de envio de mensagens do usuário a seus destinatários, além da armazenagem destas em seus sistemas conforme o contrato do serviço, ocorrendo o acesso ao sistema através de um nome de usuário (*login*) e senha exclusivos.

O provedor de correio eletrônico deve assegurar o sigilo das mensagens que armazena, devendo o acesso a estas informações ocorrer somente ao usuário ou pessoa autorizada, mediante a verificação do *login* (“nome de usuário”) e da senha do titular da conta. Tal fato se mostra relevante por criar ao remetente uma expectativa de que a mensagem não poderá ser lida ou interceptada por terceiros até que se chegue ao destinatário. Por esta

¹⁰⁷ “Abreviado como PSOs, um serviço de provedor online é um termo genérico que descreve qualquer companhia organização ou grupo que forneça um serviço online. Esse tipo de serviço pode incluir web sites, fóruns de discussão, web e-mail. PSOs podem também se referir à companhia que providencia um dial-up acesso para Internet.” (tradução nossa). Definição retirada da Webopedia (enciclopédia de termos técnicos da Internet). Disponível em: <http://www.webopedia.com/TERM/O/online_service_provider.html>. Acesso em: 19/02/2015.

¹⁰⁸ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 26.

razão, como bem coloca Marcel Leonardi¹⁰⁹, pode-se equiparar a mensagem eletrônica à correspondência convencional, devendo ter o mesmo tratamento do art. 5º, XII da Constituição Federal.

Neste sentido, Roberto Senise Lisboa¹¹⁰:

O fornecedor de serviços via Internet deve tomar todas as precauções cabíveis para assegurar a inviolabilidade da correspondência, em acompanhamento à evolução tecnológica de garantia da reserva da intimidade do usuário do sistema. Assim, o provedor tem uma responsabilidade que, nesse passo, se aproxima da responsabilidade do agente de comunicação telefônica e dos correios convencionais, porém distanciando-se daquela que ordinariamente é conferida ao agente de telecomunicações em geral.

Importante salientar que há provedores de hospedagem e de conexão que também oferecem o serviço de correio eletrônico, mas que de nada influencia nesta classificação. Conforme já elencado, o provedor deverá ser tratado, nesta situação, como de hospedagem, de conexão ou de correio eletrônico conforme o serviço prestado ao usuário.

Nada impede, também, que o provedor de correio eletrônico defina livremente o preço de seu serviço, conforme o usuário necessite, mediante remuneração direta. A remuneração também poderá ocorrer de forma indireta, mediante aparente gratuidade do serviço, no qual o servidor geralmente é remunerado pelas vendas dos dados cadastrais a empresas interessadas, por anúncios que podem ser inseridos nas mensagens ou pelo correio eletrônico.

Inclusive, pelos maiores exemplos hoje citados de provedores de correio eletrônicos, como o Yahoo, Gmail, Hotmail entre outros tem-se que, na maioria das vezes, a remuneração ocorre de forma indireta.

Como se nota, nítida a relação de consumo entre o usuário e o provedor de correio eletrônico, sendo irrelevante que o serviço seja remunerado direta ou indiretamente, sujeitando-se ao Código de Defesa do Consumidor no que couber e a todas as nuances jurídicas decorrentes disto.

¹⁰⁹ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*. Revista *Jus Navigandi*: Teresina, ano 15, n. 2592. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 01/07/2016.

¹¹⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de consumo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 530.

3.2.2 Provedores de hospedagem (*hosting*)

O provedor de hospedagem (*hosting*), assim como o provedor de correio eletrônico, não foi tratado expressamente no Marco Civil da Internet, sendo a sua definição extraída da doutrina.

Marcel Leonardi¹¹¹ o classifica como a pessoa jurídica fornecedora de serviço de armazenamento de dados em servidores próprios, havendo a possibilidade de acesso de terceiros a esses dados, conforme condições pré-estabelecidas contratualmente.

Desta definição, compreende-se que os provedores de hospedagem podem oferecer basicamente dois tipos de serviços: armazenamento de dados em servidores próprios e acesso por terceiros, de acordo com condições previamente estipuladas.

O armazenamento de dados está relacionado ao serviço de hospedagem de arquivos no servidor, enquanto o acesso se relaciona à possibilidade de o usuário usufruir dos arquivos conforme contratado com o respectivo provedor.

Os serviços prestados pelos provedores de hospedagem são de suma importância para o funcionamento da internet, vez que os provedores de conteúdo os utilizam para disponibilizar seus conteúdos no meio virtual. Nas palavras de Erica Barbagalo¹¹², este provedor coloca “à disposição de um usuário pessoa física ou de um provedor de conteúdo espaço em equipamento de armazenagem, ou servidor, para divulgação das informações que esses usuários ou provedores queiram ver exibidos em seus *sites*”.

Embora essa modalidade de provedor hospede os conteúdos de *sites*, não exerce, a princípio, controle sobre o material disponibilizado. Tal função cabe, em regra, aos próprios provedores de conteúdo, conforme o caso¹¹³.

¹¹¹ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 27.

¹¹² BARBAGALO, Erica Brandini. *Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet*. In: *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet*. LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 346.

¹¹³ BARBAGALO, Erica Brandini. *Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet*. In: *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da*

O provedor de hospedagem também pode ser remunerado de forma direta ou indireta. A remuneração direta ocorre quando o consumidor paga expressamente pelo serviço prestado. O valor pago pode levar em conta diversos fatores como a disponibilidade de espaço em disco rígido para armazenamento, o volume do tráfego de dados do *site*, segurança etc.

Por sua vez, a remuneração indireta ocorre pelo pagamento de terceiros que não integram a relação jurídica provedor/usuário. Sua instrumentalização pode ocorrer pela venda dos dados cadastrais ou, até mesmo, pela veiculação de anúncios na forma de *pop-ups*¹¹⁴, *banners*¹¹⁵, envio de propagandas por correio eletrônico, entre outras.

Conforme se depreende, o provedor de hospedagem é um típico fornecedor de serviços, sujeitando-se nitidamente ao Código de Defesa do Consumidor em suas relações com os usuários contratantes.

3.2.3 Provedores de conteúdo

Embora haja quem classifique as expressões “provedor de conteúdo” e “provedor de informação” como sinônimas¹¹⁶, indicando que são indicativas de quem coloca à disposição dos usuários, em páginas eletrônicas, qualquer tipo de informação, é importante destacar, de início, que ambas não se confundem, razão pela qual se deve distingui-las.

O provedor de informação é aquele responsável efetivamente pela criação da informação disponibilizada na internet. Justamente por isso, Marcel

Internet. LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 347.

¹¹⁴ *Pop-up* é um tipo de janela que aparece no topo da janela do navegador de um *website* que um usuário tenha visitado. O *pop-up* geralmente é mais intrusivo, pois abrange outras janelas, particularmente a janela que o usuário está tentando ler, sendo usados extensivamente em publicidade na web, muito embora não seja o único meio para tal. Definição retirada da Webopedia (enciclopédia de termos técnicos da Internet). Disponível em: <http://www.webopedia.com/TERM/P/popup_ad.html>. Acesso em: 19/02/2016.

¹¹⁵ *Banner* é uma propaganda geralmente em formato retangular colocado em um *website*, quer acima, abaixo ou nas laterais do conteúdo principal. Hoje, com as novas tecnologias, no entanto, os banners se tornaram mais complexos, podendo conter textos, gráficos e até som. Definição retirada da Webopedia (enciclopédia de termos técnicos da Internet). Disponível em: <<http://www.webopedia.com/TERM/B/banner.html>>. Acesso em: 19/02/2016.

¹¹⁶ Neste sentido: BARBAGALO, Erica Brandini. *Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet*. In: Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet. LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 345-346.

Leonardi¹¹⁷ expõe que este pode ser tanto uma pessoa jurídica quanto uma pessoa física.

Quanto ao provedor de conteúdo, apesar do Marco Civil da Internet não trazer nenhuma definição, podemos extraí-la da doutrina nacional. Neste sentido, Marcel Leonardi classifica-o como “toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem”¹¹⁸.

Ao analisar brevemente as duas espécies de provedores, pode-se inferir que a principal diferença entre eles é que no caso do provedor de informação este efetivamente é o autor da informação que é disponibilizada por um provedor de conteúdo, podendo ser tanto uma pessoa jurídica como uma pessoa física. Como exemplo, cita-se um usuário que disponibiliza determinado conteúdo em uma rede social, exercendo, assim, a função de provedor de informação, enquanto que a rede social seria um nítido provedor de conteúdo.

No direito norte americano, tem-se o denominado “*information content provider*” – que seria o provedor de conteúdo – e na alínea f, número 3 da seção 230, do *Communications Decency Act* há definição deste como: “(...) *any person or entity that is responsible, in whole or in part, for the creation or development of information provided through the Internet or any other interactive computer service*”¹¹⁹.

Vale ressaltar que o provedor de conteúdo pode ou não ser também o próprio provedor de informação, dependendo apenas se ele é ou não o autor daquilo que disponibiliza.

Para parte da doutrina¹²⁰, a relação de consumo apenas estaria configurada entre o usuário e o provedor de conteúdo se houvesse comercialização de informações através de título oneroso e condicionando o acesso ao pagamento prévio de quantia pelo usuário.

¹¹⁷ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 30.

¹¹⁸ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 30.

¹¹⁹ “(...) qualquer pessoa ou entidade que é responsável, em todo ou em parte, pela criação ou desenvolvimento de informação disponibilizada através da internet ou outro serviço” (tradução livre).

¹²⁰ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 31.

Ocorre que, aparentemente, parece-nos um tanto quanto equivocado este posicionamento. A relação entre o usuário e o provedor de conteúdo é nitidamente consumerista, pois o provedor de conteúdo presta um serviço remunerado, mesmo que o usuário não pague diretamente por tal.

Esta remuneração indireta ocorre principalmente através de *banners* e anúncios direcionados ao perfil do usuário na rede. Este direcionamento acontece analisando-se o perfil do usuário, as informações que ele mais busca, conversa ou lê na internet¹²¹. Portanto, a relação de consumo está configurada não somente quando o provedor de conteúdo comercializar determinadas informações, mas também pelo simples fato de o usuário acessá-lo.

¹²¹ Cita-se, inclusive, a compra do aplicativo WhatsApp pelo Facebook. Tal compra custou bilhões de dólares posto que esta comprou, por assim dizer, informações sobre os usuários que eram disponibilizadas no aplicativo, tendo um nítido lucro indireto. Explico: ao conversar no aplicativo o consumidor fornece informações ao seu respeito que, posteriormente, poderão ser utilizadas pelo Facebook ou Instagram (também sob domínio da mesma empresa) para que utilizem a propaganda correta ao perfil do usuário e ao que ele manifesta interesse.

Capítulo 4. A RESPONSABILIDADE COMO SISTEMA

4.1 Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 sistematiza e fornece as linhas gerais da responsabilidade civil – que é uma fonte de obrigação - e tenta atribuir tratamento abstrato à matéria. O legislador dedicou um capítulo especial e autônomo, repetindo muitos dos dispositivos do Código Civil de 1916. Embora parte da doutrina tenha afirmado o caráter pouco inovador do Código de 2002 em relação ao de 1916, percebe-se que pontos sensíveis foram alterados.

O foco central continua sendo a vítima e o prejuízo causado, punindo o ofensor e desmotivando condutas lesivas. Dentro de tal panorama, questiona-se a reparação. Sobre este ponto exerce particular relevo o princípio da reparação integral, previsto no art. 944 de maneira expressa e inovadora em relação à legislação codificada anterior. O dispositivo sedimentou o cálculo da indenização a partir da extensão do dano.

A reparação gradativamente ganha importância no Código Civil de 2002 e isso se reflete na proteção dos prejuízos causados a terceiros e na ampliação das hipóteses de responsabilidade civil objetiva.

Tal alteração decorre intrinsecamente das mudanças sociais que buscam zelar pelo equilíbrio jurídico-econômico quando da violação de direitos e interesses protegidos e pela necessidade de reparação de prejuízo a terceiro.

A responsabilidade civil objetiva, neste sentido, teve como principal razão de surgimento a Revolução Industrial. O aumento significativo de acidentes de trabalho revelou a insuficiência da reparação com base na culpa¹²². Como expõe Caio Mário¹²³, a teoria objetiva surgiu devido à insatisfação cada vez maior com a teoria subjetiva e a latente incompatibilidade desta com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo.

¹²² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed. 3 reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 135.

¹²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 279-280.

Sérgio Cavalieri Filho¹²⁴ defende que “algo idêntico ocorreu com os transportes coletivos, principalmente trens, na medida em que foram surgindo. Os acidentes multiplicaram-se, deixando as vítimas em situação de desvantagem”.

Entre as ampliações das hipóteses de responsabilidade objetiva, pode-se mencionar a previsão genérica de responsabilidade por atividade de risco do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002; a responsabilidade dos empresários pelos produtos colocados em circulação do art. 931; a superação da previsão legislativa da culpa presumida na responsabilidade por fato de terceiro, por fato de coisa e por fato de animal, respectivamente, nos arts. 932, 937 e 938 e 936 do Código Civil de 2002.

A ampliação, no entanto, não eliminou a tradicional responsabilidade subjetiva, baseada no elemento subjetivo da conduta. O art. 187 c/c 927, *caput*, do Código Civil de 2002 continua a prever os três pressupostos essenciais de caracterização do fato jurídico de responsabilidade: conduta, nexo de causalidade e dano. Sendo que o primeiro deles exige a presença do elemento subjetivo “dolo ou culpa”.

Tal configuração do legislador levou autores consagrados a afirmarem que o Código Civil de 2002 teria previsto a responsabilidade objetiva como regra¹²⁵. Tal afirmação, contudo, não merece prosperar.

Embora faça inúmeras previsões de responsabilidade objetiva, o art. 927 deixa claro que a regra do Código Civil de 2002 é a responsabilidade subjetiva.

O parágrafo único do art. 927 afirma que a responsabilidade somente será independente de dolo ou culpa se a atividade for de risco ou se existir expressa previsão legal. É o que ocorre nos supramencionados arts. 931, 932, 936, 937 e 938.

¹²⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed. 3 reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 135.

¹²⁵ Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho: “O Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista, pois todo seu sistema estava fundado na cláusula geral do art. 159 (culpa provada), tão hermética que a evolução da responsabilidade civil desenvolveu-se ao largo do velho Código, através de leis especiais. O Código de 2002, conforme já ressaltada, fez profunda modificação nessa disciplina para ajustar-se à evolução ocorrida na área da responsabilidade civil ao longo do século XX. Embora tenha mantido a responsabilidade subjetiva, optou pela responsabilidade objetiva, tão extensas e profundas são as cláusulas gerais que a consagram (...)”.CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed. 3 reimpr. São Paulo: Atlas, 2009, p. 150.

A *contrario sensu*, se a atividade não for de risco e não existir expressa previsão legal, a responsabilidade será subjetiva.

Desta forma, em relação aos provedores de internet, se a relação jurídica for civil ou empresarial, em regra, no caso de aplicação do Código Civil de 2002 a responsabilidade será subjetiva, já que não há o enquadramento nos supracitados arts. 931, 932, 936, 937 e 938. Vale ressaltar que há na doutrina quem defenda a atividade exercida pelos provedores de conteúdo seria uma típica atividade de risco e, por isso, se adequaria ao parágrafo único do art. 927, respondendo objetivamente por eventuais danos decorrentes de sua atividade¹²⁶.

4.2 Código de Defesa do Consumidor

A base consumerista que conhecemos hoje tem origem nos Estados Unidos da América. Em 15 de março de 1962, o então presidente John F. Kennedy emitiu mensagem ao Congresso no qual argumentou que “consumidores somos todos nós”, uma vez que a todo o momento praticamos inúmeras relações de consumo. O presidente afirmou que os consumidores correspondiam ao maior grupo da economia, afetando e sendo afetado por praticamente todas as decisões econômicas.

Também na mensagem de John F. Kennedy houve uma constatação considerável: os consumidores eram o único grupo importante da economia não organizado de forma eficaz. Tal afirmação demonstra a preocupação em se proteger um grupo importante economicamente e cujas necessidades muitas vezes não eram atendidas. Neste sentido, listou-se uma série de garantias aos consumidores, nos quais se destacam: o direito à segurança e à saúde; o direito à informação; o direito à escolha e o direito a ser ouvido.

Isto se mostra extremamente importante para o Direito dos Consumidores, sendo que a partir de 1962 houve um grande avanço na proteção dada ao consumidor, inclusive no Brasil.

¹²⁶ Neste sentido: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009.

No caso do Brasil, pode-se constatar que a proteção efetiva dos consumidores ocorreu somente com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990.

No entanto, não é de hoje que a disciplina de uma proteção efetiva ao consumidor é discutida. A sua proteção é um dos temas mais atuais do Direito e ganhou maior destaque com a denominada sociedade de consumo¹²⁷.

A sociedade de consumo fez com que o consumidor - que muitas vezes se encontrava em relação de relativo equilíbrio com o fornecedor – se encontrasse agora em relação de vulnerabilidade. Como dito por Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, o fornecedor assume uma posição de maior força e dita as regras na relação de consumo¹²⁸.

É neste sentido que a intervenção do Estado na relação consumeirista é imprescindível. O mercado demonstra não apresentar mecanismos eficientes para superar a vulnerabilidade do consumidor. Deste modo, as três esferas estatais devem agir em conjunto para atingir a proteção ao consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor se mostra, assim, um mecanismo eficaz para “aparar as arestas” atinentes à relação entre o consumidor e o fornecedor. Entretanto, há casos em que outras leis se mostram mais eficazes para atingir tal objetivo. Um dos principais mecanismos para diminuir a nítida situação de desvantagem das relações de consumo em todos os textos normativos ocorre no campo da responsabilidade civil.

O legislador, no Código de Defesa do Consumidor, optou pela responsabilidade civil objetiva quando houver fato do produto e do serviço e por vício do produto e do serviço. Tal fato se depreende dos artigos 12 a 25 do Código de Defesa do Consumidor.

Deve-se, no entanto, analisar com maior profundidade os arts. 14 e 20 do diploma legal por disciplinarem a responsabilidade civil dos fornecedores de serviços, no qual se enquadrariam os provedores de internet.

¹²⁷ Sociedade de consumo é o termo utilizado para definir uma sociedade que caracterizada pelo consumo massivo de bens e serviços, fato que ocorreu nitidamente a partir da revolução industrial.

¹²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 6.

A regra quando houver fato do serviço, conforme se depreende do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, é a responsabilidade civil do fornecedor de serviços independentemente de culpa (responsabilidade civil objetiva), considerando-se defeituoso o serviço quando este não fornecer a segurança que o consumidor dele pode esperar. Para a verificação do caráter defeituoso, falta de segurança e expectativa do consumidor, as circunstâncias concretas devem ser levadas em consideração, tais como o seu modo, o resultado e os riscos que podem ocorrer desde o momento anterior ao fornecimento. Deve-se atentar que se equiparam aos consumidores todas as vítimas do evento danoso (consumidores “*bystander*” ou por equiparação).

Observa-se que não se considera defeituoso o serviço se o fornecedor adotar novas técnicas como, por exemplo, no caso dos provedores de internet, uma tecnologia que permita o acesso mais rápido dos usuários à internet ou que melhore a segurança deste no ciberespaço.

O ponto chave da responsabilização civil no Código de Defesa do Consumidor reside no fato de que a responsabilidade objetiva presente no art. 14 está baseada na Teoria do Risco na modalidade risco da atividade, ou seja, o prestador de serviços pode argumentar uma das causas excludentes de responsabilidade civil do parágrafo terceiro do presente artigo, quais sejam: que o defeito inexistente, que a culpa é exclusiva de terceiro ou do próprio consumidor, ou que houve caso fortuito ou força maior¹²⁹.

Ao se analisar este ponto, deve-se relacioná-lo com os usuários e os provedores de internet, principalmente com o provedor de conteúdo visto que na maioria dos danos decorrentes de eventual conteúdo ilícito há culpa de terceiro, uma vez que foi este quem disponibilizou online o conteúdo, podendo alegar isto em seu favor.

Outro exemplo ocorre no caso de transmissão de vírus pela rede mundial de computadores no qual o usuário poderia ter danos financeiros (por exemplo, o acesso à conta bancária etc.) e, neste caso, mesmo que o vírus

¹²⁹ Observa-se que Roberto Senise Lisboa entende que não é admitido o caso fortuito e a força maior como excludentes de responsabilidade do fornecedor. *In: LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade Civil nas Relações de consumo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 271.*

No mesmo sentido, José Reinaldo de Lima Lopes. *In: LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 119.*

estivesse alojado em um provedor este poderia alegar que foi um terceiro quem transmitiu ao usuário ou infectou seus sistemas com a finalidade de não se ver responsabilizado.

Por tal fato, como se nota, se a responsabilidade civil dos provedores pelo fato do serviço se desse única e exclusivamente com base no Código de Defesa do Consumidor o usuário poderia se encontrar em uma situação de aparente desvantagem.

Vale ressaltar que o fornecedor de serviços responde por vícios de qualidade que os tornem impróprios para o consumo ou lhes diminuam o valor, bem como por aqueles decorrentes de disparidade entre a oferta ou mensagem publicitária, conforme o art. 20 do Código de Defesa do Consumidor. Nestas hipóteses, o consumidor poderá optar, alternativamente, pela reexecução dos serviços sem custo adicional; pela restituição da quantia paga corrigida monetariamente ou pelo abatimento proporcional do preço. Ademais, a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação do serviço não o exime de responsabilidade.

Como exemplo de vício do serviço no caso dos provedores de internet, Carlos Roberto Gonçalves¹³⁰ explicita que se porventura ocorrer o acesso de algum vírus através de seus computadores por culpa do provedor, alojando-se nos computadores dos usuários ocorreria defeito de serviço, uma vez que há confiança por parte do cliente de que a tecnologia usada pelo provedor seja segura para evitar tais intercorrências.

Tem-se, também, que é vedada qualquer estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar, devendo todos os responsáveis pela ocorrência do dano responder solidariamente pela reparação deste (art. 25 do Código de Defesa do Consumidor). Esta espécie de cláusula abusiva, inclusive, é considerada nula de pleno direito, conforme o inciso I do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Como o próprio Código de Defesa do Consumidor elenca, um dos direitos básicos do consumidor é a efetiva prevenção e reparação de danos, sejam eles patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI),

¹³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. 4: Responsabilidade civil*, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 105-108.

devendo ter uma facilitação para a defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, a critério do juiz, quando houver verossimilhança da alegação ou quando for ele hipossuficiente (art. 6º, VIII).

O Código de Defesa do Consumidor, como se nota, adotou a Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no art. 6º, VIII. Tal fato era uma verdadeira vantagem processual e uma grande inovação no que tange a responsabilização civil quando trazido por ele em 1990, principalmente à luz do Código de Processo Civil de 1973 que previa a Teoria estática do ônus da prova em seu art. 333.

No entanto, ao se analisar o Código de Processo Civil de 2015 percebe-se que este, de certa forma, vai ao encontro do Código de Defesa do Consumidor ao também colocar a opção do juiz poder distribuir o ônus da prova com base na Teoria da distribuição dinâmica.

Ocorre que, para que haja a inversão com base no Código de Processo Civil de 2015, é necessário que haja a impossibilidade ou excessiva dificuldade de uma das partes em demonstrar o alegado ou que haja uma maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário por uma delas, conforme o art. 373, §1º do referido diploma legal. Neste sentido, os requisitos são diferentes dos elencados no Código de Defesa do Consumidor (verossimilhança da alegação ou consumidor hipossuficiente).

Apesar de diferentes, percebe-se que os requisitos do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil de 2015 podem ser considerados complementares entre si, posto que o consumidor, na maioria das vezes, se encontra ou impossibilitado de provar o alegado ou com grande dificuldade para tal, diferentemente do fornecedor de serviços, que possui maior facilidade por deter os meios técnicos.

Isto fica ainda mais nítido se analisarmos a questão do ponto de vista das relações virtuais. No âmbito virtual, é nítido que os usuários não detêm o aparato necessário e técnico para demonstrar todo o fato alegado e sustentado para eventual responsabilização, diferentemente do que ocorre com os provedores de internet, que possuem, na maioria dos casos, grande potencial econômico e tecnologia suficiente para isto.

4.3 Diálogo das fontes

Em 1983, Karl Engisch, em sua obra traduzida como “Introdução ao Pensamento Jurídico” tratou sobre a interpretação e aplicação das leis, bem como dos problemas científicos do Direito. Para o autor, a premissa maior consiste em reconduzir a um todo unitário os elementos ou partes de um pensamento jurídico-normativo que se encontram dispersos por razões técnicas.

Karl Engisch, nesta época, já reconhecia a existência de lacunas no sistema jurídico, as quais deveriam ser preenchidas pela valoração objetiva realizada pelo julgador. Essa valoração assenta-se em conceitos jurídicos indeterminados, normativos, discricionários ou cláusulas gerais, visando à obtenção de uma decisão justa, conforme o caso concreto. Neste sentido, o próprio autor¹³¹ expõe:

Entre a indagação dum sentido fiel à lei (interpretação, analogia e preenchimento das lacunas de acordo com o espírito da ordem jurídica), por um lado e o manejo, em desobediência à lei, da idéia do Direito, pelo outro, inserem-se várias fases [...]. Discute-se se a sua retificação pode ainda ser considerada como uma determinação do sentido conforme à lei. Em todo o caso, ela aproxima-se muito dessa determinação do sentido conforme da lei e, por isso, é em certa medida improblemática.

Norberto Bobbio¹³², por sua vez, definiu o ordenamento jurídico como um conjunto de normas, afirmando que o ordenamento jurídico, unitário e tendencialmente sistemático, pretende também ser completo. Para ele o ordenamento jurídico é completo e coerente, o que impossibilitaria a existência de lacunas.

O douto filósofo¹³³ elenca, ainda, que poderiam ocorrer eventuais conflitos entre as normas do ordenamento - denominado de antinomia. Para

¹³¹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996, p. 335.

¹³² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 10^ª ed., 1999, pp. 31-35.

¹³³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 10^ª ed., 1999, pp. 92-97.

ele, estas podem ser divididas e resolvidas a partir de três critérios básicos, quais sejam: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade¹³⁴.

Erik Jayme, por sua vez, dispusera que os tempos pós-modernos não mais permitem a solução única. Ademais, sequer a hierarquia das leis é clara, mas apenas os valores constitucionais. Neste sentido, o presente jurista propôs a convivência coordenada das normas conflitantes, através de um “diálogo” entre as fontes do Direito, surgindo, assim, a denominada teoria do Diálogo das Fontes.

A teoria do Diálogo das Fontes foi desenvolvida no Direito Alemão por Erik Jayme, na Universidade de Heldberg, sendo apresentada na cidade de Haia em 1995. No Brasil esta teoria foi importada e desenvolvida por Cláudia de Lima Marques¹³⁵.

A base desta teoria fundamenta-se no sentido de que as normas jurídicas se complementam e não se excluem entre si, devendo-se entender o ordenamento jurídico de forma unitária.

Por vezes, as transformações socioeconômicas bem como a evolução tecnológica, características dos tempos atuais, dificultam a compatibilidade entre o Direito Positivo e os denominados fatos sociais. Neste sentido, tem-se como um dos papéis primordiais do Direito a necessidade de se adequar às necessidades e anseios da sociedade.

Não raras vezes, ao se tentar acompanhar as mudanças da sociedade através de leis, faz-se com que seja criado outro problema: o de um ordenamento jurídico contraditório e sobrecarregado. É justamente neste sentido que surge a teoria do Diálogo das Fontes, para que haja certa ponderação e coerência ao se aplicar a lei a um determinado fato.

Cíntia Rosa Pereira de Lima¹³⁶ expõe que na pós-modernidade não seria possível uma solução una e estática tal como se estruturavam os códigos

¹³⁴ O critério cronológico se fundamenta no sentido de que ao ocorrer duas normas incompatíveis deve prevalecer a posterior. O critério hierárquico é aquele pelo qual prevalece a norma hierarquicamente superior em eventual conflito de normas incompatíveis. Por fim, o critério da especialidade verifica-se quando há duas normas incompatíveis entre si, sendo uma de caráter geral e outra de caráter especial (ou excepcional), devendo prevalecer, neste caso, a segunda.

¹³⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 24-26.

¹³⁶ Cíntia Rosa Pereira de Lima desenvolveu tal linha de argumentação para defender a incidência do Código de Defesa Do Consumidor nas relações envolvendo instituições

tradicionais antigamente, sendo necessário, portanto, uma interpretação sistêmica para se harmonizar o Direito e as relações sociais modernas.

Nacionalmente, esta teoria ganhou ainda mais importância com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591, que reconheceu a constitucionalidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a todas as atividades bancárias sob a égide do diálogo das fontes¹³⁷.

No seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que o regramento do sistema financeiro e o consumerista poderiam perfeitamente coexistir, não havendo razão para serem excludentes entre si.

Com base neste entendimento, há quem argumente¹³⁸ que o mesmo deve ser feito com as normas do Marco Civil da Internet, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002 naquilo que for mais favorável ao usuário, devendo interpretar a Lei para favorecê-lo e não para prejudicá-lo, vez que a proteção dada ao consumidor tem caráter constitucional, o que acarreta em diversas discussões que serão tratadas em momento oportuno no presente estudo.

Ressalta-se que a interpretação das normas e sua aplicação devem estar de acordo com a Constituição Federal. Claudio Luiz Bueno de Godoy¹³⁹, indo ao encontro deste posicionamento, afirma que:

A interpretação deve sujeitar-se ao influxo da força unificadora da Constituição. Ou seja, se é comum, hoje, a multiplicidade de fontes normativas, inclusive legais e infraconstitucionais, evidentemente que entre elas há de se estabelecer um vínculo sistemático, de sorte a evitar que cada uma se coloque como um átomo isolado e incoerente com as demais normas do ordenamento. Esse papel de elo entre as diversas legislações,

financeiras na época em que tramitava no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2591. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 100, pp. 653-696, jan./dez. 2005, p. 655.

¹³⁷ “Não há, a priori, por que falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em ‘influências recíprocas’, em ‘aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente” in: Brasil, STF, ADI 2591, Rel. Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006.

¹³⁸ Neste sentido: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Uma análise crítica da Responsabilidade Civil dos Provedores na Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet)*. In: Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 307-320.

¹³⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil Comentado. Doutrina e Jurisprudência*. Org. Min. Cezar Peluso, São Paulo: Manole, 2006, p. 594.

sobretudo quando tratam do mesmo assunto, quem o desempenha é a Constituição Federal, que, sempre que envolvida uma relação de consumo, antes de qualquer coisa determina, como se viu, a tutela do consumidor, porquanto ocupante de posição intrinsecamente vulnerável na relação.

No direito contemporâneo não se deve interpretar as normas de forma isolada, mas sim identificar sua finalidade e relacionar seu sentido e alcance com as normas do sistema jurídico. Ademais, a Constituição Federal elenca diversas diretrizes e direitos fundamentais que devem ser respeitados e, em eventual conflito de normas, deve-se prevalecer a ideia e os fundamentos constitucionais, interpretando-se a lei a fim de dar a máxima efetividade constitucional a ela.

4.4 Status constitucional do Código de Defesa do Consumidor e a sua incidência nas relações entre usuários e provedores

O Direito do Consumidor e a sua proteção é um dos temas mais atuais do Direito e representa um dos maiores desafios dessa era. Tal proteção ganhou maior destaque no século XX, no qual o homem começou a viver em um novo modelo de associativismo: a sociedade de consumo¹⁴⁰.

A proteção constitucional do consumidor no Brasil decorre principalmente do art. 5º da Constituição Federal, que expõe em seu inciso XXXII que “o Estado promoverá, na forma da Lei, a defesa do consumidor”. Ao estipular explicitamente a defesa do consumidor como um Direito Fundamental, o legislador elevou a proteção do consumidor como cláusula pétrea, razão pela qual a legislação infraconstitucional deve respeitar este ideal.

Ademais, não somente no art. 5º está exposta esta proteção. Ao se analisar o texto constitucional, tem-se no art. 170, V - que versa sobre os princípios norteadores da atividade econômica no país - elencando que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 6.

ditames da justiça social, observados dentro de outros princípios a defesa do consumidor.

O Ato das Disposições Transitórias, para corroborar a ideia de proteção constitucional do consumidor, trouxe no art. 48, inclusive, que o Congresso Nacional, dentro de 120 dias da promulgação da Constituição Federal, deveria elaborar o Código de Defesa do Consumidor. Vale ressaltar, no entanto, que este só veio a ser promulgado em 1990.

Tal fato se mostra importante, pois ao estipular a proteção constitucional ao consumidor como uma cláusula pétrea não há que se falar em supressão de direitos destes, vez que violaria a própria Constituição Federal. Além disso, sendo o usuário de internet considerado juridicamente um consumidor, este deve receber toda a proteção inerente a isto, razão pela qual há quem diga que alguns pontos do Marco Civil da Internet seriam inconstitucionais, principalmente quanto à responsabilidade civil dos provedores, conforme se verá em momento oportuno.

Neste sentido, ao se analisar a incidência ou não da legislação consumerista também nas relações virtuais, deve-se trazer as palavras de Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹⁴¹:

Por ter vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o Direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas das facetas do mercado. Não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica.

Um exemplo de nítida proteção do consumidor é trazido por Marco Fábio Morsello¹⁴². Ao defender a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre as Companhias Aéreas e os consumidores, ao invés de aplicar a Convenção de Varsóvia¹⁴³, expõe:

¹⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 7.

¹⁴² MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 402-403.

¹⁴³ Cita-se, por exemplo, a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia, entendendo o Superior Tribunal de Justiça que se o evento ocorreu na vigência do Código de Defesa do Consumidor, considerar-se-á abusiva a cláusula que limita a responsabilidade do

Sob a ótica constitucional, a defesa do consumidor foi considerada direito fundamental (art. 5º, XXXII), de modo que a existência de norma em antinomia com aquelas que tenham implementado a mencionada defesa naturalmente não poderá prevalecer, levando-se em conta a força normativa que promana da Constituição Federal, ensejando, pois, preponderância, inclusive sob o critério hierárquico.¹⁴⁴

Tem-se, assim, que também nas relações virtuais deve prevalecer a mesma ideia de proteção à parte mais vulnerável: o usuário. Há nitidamente a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre usuários e os provedores de internet, devendo o usuário ser considerado consumidor, uma vez que o art. 2º, *caput* o define como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Além disso, no art. 3º, §2º está estipulado que “serviço é qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de caráter trabalhista”.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁵ já se manifestou sustentando que “a exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90” e que “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”.

Com a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre provedores e usuários, as relações virtuais passaram a ser analisadas

fornecedor pelos danos causados, qual seja a que prevê, neste caso, indenização restritiva por ato ilícito (Brasil, STJ, REsp 488087/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 18/09/2003).

¹⁴⁴ Válido destacar que o plenário do STF, em sede de repercussão geral, entendeu que as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e de Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor no caso de transporte internacional (art. 178, Constituição Federal). No caso de transporte nacional, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor (Brasil, STF, REExt 636331/RJ, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017).

¹⁴⁵ Brasil, STJ, REsp 1.316.921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 26/06/2012.

sob a ótica da legislação consumerista¹⁴⁶. Se o provedor prestar serviço defeituoso ou informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos, incidirá o art. 14 da referida Lei, sendo responsabilizado objetivamente pelos danos causados. Só não responderia objetivamente se provasse que o defeito inexistia ou que a culpa foi exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor).

Como se nota, a constatação da proteção constitucional do consumidor se mostra importante no sentido de que, com isto, há diversas discussões acerca da responsabilização civil dos provedores.

Ao se analisar sob a ótica do Marco Civil da Internet, por exemplo, o provedor de conteúdo, conforme se verá, responderia somente após notificado judicialmente do conteúdo ilícito – com exceção de conteúdo contendo imagens pornográficas sem autorização, cuja notificação poderá ocorrer extrajudicialmente.

Por sua vez, caso fosse analisado sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilização desta espécie de provedor ocorreria de forma objetiva, ou seja, sem analisar a incidência de dolo ou culpa por parte do provedor e independentemente de notificação judicial ou extrajudicial do conteúdo ilícito.

Tais questões são muito debatidas e merecem uma análise específica, que será feita no capítulo que versará sobre a responsabilidade civil dos provedores.

¹⁴⁶ VASCONCELOS, Fernando Antonio de. *Internet: Responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 168.

Capítulo 5. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES

5.1 Responsabilidade civil dos provedores de conexão

5.1.1 Responsabilidade civil dos provedores de conexão em outros países

O Brasil tentou se basear em países e leis que já estavam, de certa forma, mais avançados na discussão sobre o assunto para editar o Marco Civil da Internet, o que influenciou a responsabilização civil dos provedores.

No capítulo 1 deste trabalho, mostrou-se que, antes de promulgar a Lei n. 12.965/14, buscou-se uma discussão aberta e democrática no âmbito virtual, através de um portal feito para debater o projeto de lei do Marco Civil da Internet (www.culturadigital.br). Na época, o Ministério de Relações Exteriores solicitou às embaixadas brasileiras a situação da regulamentação da internet em diversos países.

Tal fato pode parecer irrelevante, mas se mostra importante ao se analisar alguns pontos cruciais da Lei n. 12.965/14. Nota-se claramente que o ordenamento nacional foi ao encontro de posicionamentos europeus e norte americano.

A União Europeia, por exemplo, se debruça sobre o debate acerca da internet há muitos anos regulamentando essas questões por meio de Diretivas emitidas pelo Parlamento Europeu e Conselho, sendo permitido que países-membros legislem sobre questões específicas, desde que respeitem as normas previstas nesses textos normativos. Há, basicamente, duas Diretivas tratando sobre a responsabilização civil dos provedores de internet: Diretiva 2000/31/CE e Diretiva 2001/29/CE.

A Diretiva 2000/31/CE objetivou fomentar o comércio eletrônico na União Europeia, dispondo sobre questões importantes à sociedade da informação, dentre as quais a responsabilização civil dos provedores de internet, especificamente nos arts. 12 a 15. Além disso, ela distingue os

serviços prestados pelos provedores¹⁴⁷ entre “simples transporte” (art. 12), “armazenagem temporária” ou “caching” (art. 13) e armazenamento em servidor (art. 14)¹⁴⁸.

O art. 12 da Diretiva 2000/31/CE não traz explicitamente a denominação “provedor de conexão”, mas deixa claro que versa sobre este, uma vez que elenca a provisão do serviço de “simples transporte”, ou seja, do serviço consistente na simples transmissão/transporte de dados, que é a atividade típica do provedor de conexão:

Artigo 12º - Simples transporte

1. No caso de prestações de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço ou em facultar o acesso a uma rede de comunicações, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador não possa ser invocada no que respeita às informações transmitidas, desde que o prestador:

- a) Não esteja na origem da transmissão;*
- b) Não seleccione o destinatário da transmissão; e*
- c) Não seleccione nem modifique as informações que são objecto da transmissão.*

2. As actividades de transmissão e de facultamento de acesso mencionadas no n.º 1 abrangem a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas, desde que essa armazenagem sirva exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceda o tempo considerado razoavelmente necessário a essa transmissão.

3. O disposto no presente artigo não afecta a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção.

Os Estados-Membros da União Europeia velarão, segundo o art. 12, para que não haja responsabilidade dos provedores (prestadores) de conexão por eventuais atos ilícitos contidos na informação transmitida. As únicas hipóteses para que estes sejam responsabilizados ocorrerão quando preenchidos simultaneamente três requisitos: estiverem na origem da

¹⁴⁷ Vale ressaltar que a Diretiva adota o termo “prestador” e não “provedor”.

¹⁴⁸ Vide também: SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Responsabilidade civil do provedor pela violação de direitos intelectuais na internet*. In: Responsabilidade Civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação. 2 ed. SILVA, Regina Beatriz Tavares da, Santos, Manoel J. Pereira (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 211-245.

transmissão da informação; se selecionarem o destinatário da transmissão; e se modificarem ou selecionarem a informação transmitida¹⁴⁹.

Na segunda parte do art. 12, há explícito que as “*atividades de transmissão e facultamento de acesso*” abrangem a armazenagem automática, intermediária e transitória das informações transmitidas se estas forem feitas apenas com a finalidade de se permitir a transmissão dos dados e desde que sua duração não exceda tempo razoável para executar a transmissão. A razão disto se dá, pois, de fato, para que os dados trafeguem pela rede, se faz necessária a transmissão das informações pela internet e a reprodução de dados¹⁵⁰.

Percebe-se a clara inclinação da União Europeia no sentido de isentar os provedores quando a sua atividade seja considerada como mera transmissão de dados e desde que não interfira ou exerça controle sobre as informações transmitidas.

Vale ressaltar que há a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do provedor que este previna ou ponha termo a uma infração, como se depreende da parte final do artigo.

Por sua vez, o art. 13 da Diretiva 2000/31/CE versa sobre o armazenamento temporário de informações e também merece algumas considerações:

Artigo 13º - Armazenagem temporária ("caching")

1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, por uma rede de

¹⁴⁹ A Diretiva não esclarece o que seria a “alteração da informação” durante a transmissão. Marcel Leonardi elenca que nestas situações deve prevalecer o bom senso, citando como exemplo a eventual alteração de uma informação automaticamente para acrescentar o nome do provedor ou do serviço no início ou final de uma mensagem e que, evidentemente, a Diretiva não buscou sancionar os provedores que agem desta maneira (LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 37). A crítica que se faz, no entanto, é que o bom senso é muito subjetivo e varia de acordo com cada pessoa, região ou cultura. Há que se fazer uma análise mais objetiva da questão, devendo-se entender esta “alteração da informação” como uma alteração que venha a modificar substancialmente o conteúdo intrínseco desta e que, em razão disto, poderia ter o potencial de ocasionar danos. Nesta situação, o provedor de conexão deixaria de exercer a sua atividade precípua de acesso à internet, exercendo uma típica atividade de provedor de conteúdo. Cita-se, a título de exemplo, um eventual provedor de conexão que ao ver uma informação que o critica a modifica significativamente.

¹⁵⁰ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 36.

telecomunicações, de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à armazenagem automática, intermédia e temporária dessa informação, efectuada apenas com o objectivo de tornar mais eficaz a transmissão posterior da informação a pedido de outros destinatários do serviço, desde que:

- a) O prestador não modifique a informação;*
- b) O prestador respeite as condições de acesso à informação;*
- c) O prestador respeite as regras relativas à actualização da informação, indicadas de forma amplamente reconhecida e utilizada pelo sector;*
- d) O prestador não interfira com a utilização legítima da tecnologia, tal como amplamente reconhecida e seguida pelo sector, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação; e*
- e) O prestador actue com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação que armazenou, logo que tome conhecimento efectivo de que a informação foi removida da rede na fonte de transmissão inicial, de que o acesso a esta foi tornado impossível, ou de que um tribunal ou autoridade administrativa ordenou essa remoção ou impossibilitação de acesso.*

2. O disposto no presente artigo não afecta a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção.

Nota-se que o motivo norteador deste dispositivo legal é que o armazenamento temporário ou “*caching*” objetiva tornar mais eficaz a transmissão posterior da informação, pelo fato de que seu serviço está atrelado ao bom funcionamento da internet, evitando que a rede fique sobrecarregada, o que poderia, eventualmente, impedir o acesso a tais informações.

As informações mais acessadas pelos usuários, para não gerar uma sobrecarga, são copiadas para outros servidores (“*caching*”), evitando que o acesso a elas seja prejudicado¹⁵¹.

O principal exemplo de “*caching*” hoje é o servidor *Proxy* (“*caching proxy*”). Neste exemplo, o usuário requisita um conteúdo ou documento na internet ficando o *proxy* responsável por procurá-lo em seu cachê e, caso este seja encontrado, será retornado ao usuário imediatamente. Do contrário, o

¹⁵¹ Vide também: LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 38.

proxy buscará este arquivo no servidor, armazenando uma cópia em seu cachê e disponibilizando-a ao usuário.

Como se depreende do próprio art. 13 da Diretiva 2000/31/CE, este provedor também estará isento de responsabilidade, pois a prestação de seu serviço consiste na transmissão da informação de forma eficaz. Portanto, não será responsável quando for inteiramente alheio à informação transmitida¹⁵².

Deve-se destacar que, nas palavras do próprio art. 13, o armazenamento deve ocorrer temporariamente, não podendo ocorrer por um longo lapso temporal. Caso assim o faça, o provedor não terá direito as limitações de responsabilidade elencadas.

O “Considerando (44)” da Diretiva 2000/31/CE¹⁵³ estipula que este provedor não poderá deliberadamente colaborar com um dos destinatários do serviço prestado com a finalidade de praticar atos ilegais, visto que estaria agindo em dissonância com o serviço que lhe incumbe.

Há exceções elencadas no próprio art. 13 que permitem a responsabilização por armazenagem temporária da informação, nos casos em que o provedor: modifique a informação; não respeite as condições de acesso à informação; não respeite as regras atinentes à atualização da informação; interfira com a utilização legítima da tecnologia, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação e; não atue com diligência para remover ou impossibilitar o acesso à informação que armazenou assim que tomou conhecimento efetivo de que a informação foi removida da rede na fonte de transmissão inicial, de que o acesso a ela se tornou impossível, ou de que foi determinada a sua remoção ou impossibilidade de acesso.

Assim como na hipótese do art. 12, também no art. 13 há a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-membros, exigir do provedor que este previna ou ponha termo a uma infração.

¹⁵² “Considerando (43)”: “Um prestador pode beneficiar de isenções por simples transporte ou armazenagem temporária (“caching”) quando é inteiramente alheio à informação transmitida. Isso exige, designadamente, que o prestador não altere a informação que transmite. Esta exigência não se aplica ao manuseamento técnico que tem lugar no decurso da transmissão, uma vez que este não afecta a integridade da informação contida na transmissão.”

¹⁵³ “Considerando (44)”: “Um prestador que colabora deliberadamente com um dos destinatários do serviço prestado, com o intuito de praticar actos ilegais, ultrapassa as actividades de simples transporte ou armazenagem temporária (“caching”), pelo que não pode beneficiar das isenções de responsabilidade aplicáveis a tais actividades”.

O art. 14 da Diretiva 2000/31/CE trata sobre a “armazenagem em servidor”, não havendo razão para um maior aprofundamento deste no momento, pois não há ligação direta com a responsabilização civil dos provedores de conexão.

O art. 15, por sua vez, elenca que não há obrigação geral de vigilância:

Artigo 15º - Ausência de obrigação geral de vigilância

1. Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12.o, 13.o e 14.o, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes.

2. Os Estados-Membros podem estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as actividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.

Neste sentido, tem-se que os Estados-Membros não imporão aos provedores de serviços uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes.

O que se depreende da afirmação acima é que o objetivo é impedir a obrigação de monitoramento das atividades dos usuários na rede, o que poderia inclusive prejudicar o próprio funcionamento do provedor devido a enorme quantidade de dados para se analisar.

O “Considerando (47)”, no entanto, estipula algumas exceções: “Os Estados-Membros só estão impedidos de impor uma obrigação de vigilância obrigatória dos prestadores de serviços em relação a obrigações de natureza geral. Esse impedimento não diz respeito a obrigações de vigilância em casos específicos e, em especial, não afecta as decisões das autoridades nacionais nos termos das legislações nacionais”.

Além disso, a Diretiva não proíbe que os Estados-Membros exijam dos provedores que estes colham informações prestadas por destinatários dos

seus serviços, nem que exerçam deveres de diligência razoáveis e elencados na legislação nacional, no sentido de detectarem e prevenirem determinadas atividades ilegais (“Considerando (48)”).

Há também a possibilidade de os Estados-Membros adotarem medidas com fulcro a impedir a continuidade da prática de ilícitos, conforme o “Considerando (45)”¹⁵⁴.

Por sua vez, a Diretiva 2001/29/CE está relacionada à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Ao analisá-la, percebe-se que o legislador europeu afastou a responsabilidade dos prestadores (provedores) que efetuam armazenagem temporária (“caching”) com fulcro a melhorar e facilitar a sua transmissão, condicionando-a ao fato de não poderem alterar o conteúdo e a prévia autorização pelo titular para a distribuição deste.

Neste sentido, o “Considerando (33)” da Diretiva 2001/29/CE:

Considerando (33): O direito exclusivo de reprodução deve ser sujeito a uma excepção para permitir certos actos de reprodução temporária, que são reproduções transitórias ou pontuais, constituindo parte integrante e essencial de um processo tecnológico efectuado com o único objectivo de possibilitar, quer uma transmissão eficaz numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, quer a utilização legítima de uma obra ou de outros materiais protegidos. Os actos de reprodução em questão não deverão ter, em si, qualquer valor económico. Desde que satisfeitas essas condições, tal excepção abrange igualmente os actos que possibilitam a navegação (“browsing”) e os actos de armazenagem temporária (“caching”), incluindo os que permitem o funcionamento eficaz dos sistemas de transmissão, desde que o intermediário não altere o conteúdo da transmissão e não interfira com o legítimo emprego da tecnologia, tal como generalizadamente reconhecido e praticado pela indústria, para obter dados sobre a utilização da informação. Uma utilização deve ser considerada legítima se tiver sido autorizada pelo titular de direitos e não estiver limitada por lei.

¹⁵⁴ “Considerando (45)”: “A delimitação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, fixada na presente directiva, não afecta a possibilidade de medidas inibitórias de diversa natureza. Essas medidas podem consistir, designadamente, em decisões judiciais ou administrativas que exijam a prevenção ou a cessação de uma eventual infracção, incluindo a remoção de informações ilegais, ou tornando impossível o acesso a estas”.

Nos Estados Unidos da América, o debate ocorre desde a década de 1990. Em 1996, houve a promulgação do *Communications Decency Act* que trouxe regras importantes sobre a responsabilização dos provedores de internet.

A ideia central desta lei é a isenção de responsabilidade dos provedores de serviços considerados intermediários por conteúdo de terceiros. Tal fato se depreende da seção 230, alínea c, número 1, que traz a seguinte redação: “*no provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*”¹⁵⁵.

Na alínea f, número 2, da seção 230, há a definição do que seria o “*interactive computer service*” (serviço informático interativo), que o classifica como: “*(...) any information service, system, or access software provider that provides or enables computer access by multiple users to a computer server, including specifically a service or system that provides access to the Internet and such systems operated or services offered by libraries or educational institutions*”¹⁵⁶.

Os provedores de conexão no Direito Americano, neste sentido, não serão responsabilizados por eventual conteúdo ilícito de terceiros, visto que não detêm o prévio controle sobre as informações disponibilizadas na internet.

Já o *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) de 1998 surgiu após intenso debate sobre a questão das violações de direitos autorais decorrentes do uso da internet, criando requisitos para a responsabilização dos provedores de internet nestas situações.

Ao analisar o texto desta lei, tem-se que a seção 202 versa sobre as limitações de responsabilidade por violações de direitos autorais. Quanto aos provedores de serviços considerados intermediários, o inciso (a) estipula que estes não têm responsabilidade por danos causados em razão de violação de direitos de propriedade intelectual quando funcionam como meros

¹⁵⁵ “nenhum provedor ou usuário de um serviço informático interativo será considerado como o editor ou autor de uma informação fornecida por outro provedor de conteúdo” (tradução livre).

¹⁵⁶ “(...) qualquer serviço de informação, sistema ou programa de computador que forneça ou permita o acesso a um servidor informático por múltiplos usuários, incluindo especificamente um serviço ou sistema que forneça acesso à internet e os sistemas operados ou serviços oferecidos por bibliotecas ou instituições educacionais” (tradução livre).

transmissores de informação, ou seja, como provedores de acesso, desde que obedecidos os requisitos legais:

“(a) TRANSITORY DIGITAL NETWORK COMMUNICATIONS.- A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider's transmitting, routing, or providing connections for, material through a system or network controlled or operated by or for the service provider, or by reason of the intermediate and transient storage of that material in the course of such transmitting, routing, or providing connections, if-

(1) the transmission of the material was initiated by or at the direction of a person other than the service provider;

(2) the transmission, routing, provision of connections, or storage is carried out through an automatic technical process without selection of the material by the service provider;

(3) the service provider does not select the recipients of the material except as an automatic response to the request of another person;

(4) no copy of the material made by the service provider in the course of such intermediate or transient storage is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients, and no such copy is maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to such anticipated recipients for a longer period than is reasonably necessary for the transmission, routing, or provision of connections; and

(5) the material is transmitted through the system or network without modification of its content.”¹⁵⁷

¹⁵⁷ “(a) COMUNICAÇÃO TRANSITÓRIA ATRAVÉS DE UMA REDE DIGITAL. – Um provedor de serviço não será responsável por quaisquer danos, exceto pela subseção (j), ou sujeito a medidas liminares ou outras formas de antecipação de tutela, pela violação de direitos autorais decorrente do fato de o provedor transmitir, rotear, fornecer conexões, através de um sistema ou de uma rede controlada ou operada pelo provedor de serviço, ou por razão da intermediação ou do armazenamento transitório de dados no curso dessa transmissão, desse roteamento ou desse fornecimento de conexões se-

(1) a transmissão do material foi iniciada por ou na direção de uma pessoa que não o prestador de serviços;

(2) a transmissão, roteamento, fornecimento de conexões ou armazenamento é realizado através de um processo técnico automático sem seleção do material pelo provedor de serviços;

(3) o provedor de serviços não seleciona os destinatários do material exceto como uma resposta automática ao pedido de outra pessoa;

(4) nenhuma cópia do material feito pelo provedor de serviços no decorrer do armazenamento intermediário ou transitório é mantida no sistema ou na rede de forma normalmente acessível a qualquer pessoa que não seja destinatária antecipada, e essa cópia não é mantida no sistema ou rede de forma normalmente acessível a esses destinatários antecipados por um período mais longo do que é razoavelmente necessário para a transmissão, roteamento ou fornecimento de conexões; e

(5) O material é transmitido através do sistema ou rede sem modificação do seu conteúdo” (tradução livre).

Deve-se destacar que na provisão de armazenamento temporário (“*caching*”), o inciso (b) estabeleceu limitações à responsabilidade dos provedores, frisando que nesta situação não serão responsáveis por eventual violação de direitos autorais decorrentes do armazenamento temporário quando: o material for disponibilizado na internet por terceiro estranho a figura do provedor; o material for transmitido na internet por outro indivíduo que não o provedor e; se o armazenamento ocorrer com a finalidade de disponibilizar o material aos usuários do sistema ou rede que o requisitem¹⁵⁸.

Para se beneficiar das limitações de responsabilidade previstas, o provedor deve cumprir todos os requisitos, além de bloquear o acesso a informações apontadas como ilegais assim que tiver conhecimento do fato, obedecendo as condições elencadas na lei¹⁵⁹.

¹⁵⁸ “(b) *SYSTEM CACHING. (1) LIMITATION ON LIABILITY.-A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the intermediate and temporary storage of material on a system or network controlled or operated by or for the service provider in a case in which-*

(A) the material is made available online by a person other than the service provider,

(B) the material is transmitted from the person described in subparagraph (A) through the system or network to a person other than the person described in subparagraph (A) at the direction of that other person, and

(C) the storage is carried out through an automatic technical process for the purpose of making the material available to users of the system or network who, after the material is transmitted as described in subparagraph (B), request access to the material from the person described in subparagraph (A), if the conditions set forth in paragraph (2) are met.”

¹⁵⁹ “(2) *CONDITIONS. The conditions referred to in paragraph (1) are that-*

(A) the material described in paragraph (1) is transmitted to the subsequent users described in paragraph (1)(C) without modification to its content from the manner in which the material was transmitted from the person described in paragraph (1)(A);

(B) the service provider described in paragraph (1) complies with rules concerning the refreshing, reloading, or other updating of the material when specified by the person making the material available online in accordance with a generally accepted industry standard data communications protocol for the system or network through which that person makes the material available, except that this subparagraph applies only if those rules are not used by the person described in paragraph (1)(A) to prevent or unreasonably impair the intermediate storage to which this subsection applies;

(C) the service provider does not interfere with the ability of technology associated with the material to return to the person described in paragraph (1)(A) the information that would have been available to that person if the material had been obtained by the subsequent users described in paragraph (1)(C) directly from that person, except that this subparagraph applies only if that technology-

(i) does not significantly interfere with the performance of the provider's system or network or with the intermediate storage of the material;

(ii) is consistent with generally accepted industry standard communications protocols; and

(iii) does not extract information from the provider's system or network other than the information that would have been available to the person described in paragraph (1)(A) if the subsequent users had gained access to the material directly from that person;

(D) if the person described in paragraph (1)(A) has in effect a condition that a person must meet prior to having access to the material, such as a condition based on payment of a fee or provision of a password or other information, the service provider permits access to the

Visando bloquear o acesso a informações ilegais, o *Digital Millennium Copyright Act* menciona algumas medidas que podem ser aplicadas a depender da espécie do provedor. No caso de provedor intermediário – como é o caso do provedor de conexão –, poderá haver a obrigação de não fornecimento de acesso ao usuário que utilize seus serviços para praticar ilícitos. Além disso, também poderá haver bloqueio de acesso de todos os usuários a um determinado endereço eletrônico específico e previamente identificado¹⁶⁰.

Conforme se verá adiante, o Direito Brasileiro baseou-se na ideia de não responsabilizar o provedor de conexão por eventual conteúdo ilícito colocado na internet por terceiros, em clara sintonia com o estipulado pela União Europeia e Estados Unidos da América. Tal fato era o entendimento da jurisprudência e doutrina anterior a promulgação do Marco Civil da Internet e ficou consolidado com o advento da mencionada lei.

5.1.2 Responsabilidade civil dos provedores de conexão e a jurisprudência antes do Marco Civil da Internet

O provedor de conexão tem o dever de seguir os termos contratados, permitindo de maneira eficiente, segura e contínua a prestação do seu serviço base, qual seja o de conectar os computadores de seus usuários à internet.

Neste sentido, eventual falha na prestação de seus serviços, tais como defeitos na velocidade de transmissão de dados inferior à contratada,

stored material in significant part only to users of its system or network that have met those conditions and only in accordance with those conditions; and

(E) if the person described in paragraph (1)(A) makes that material available online without the authorization of the copyright owner of the material, the service provider responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), except that this subparagraph applies only if-

(i) the material has previously been removed from the originating site or access to it has been disabled, or a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled; and

(ii) the party giving the notification includes in the notification a statement confirming that the material has been removed from the originating site or access to it has been disabled or that a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled.”

¹⁶⁰ Vide também: LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, pp. 48-59.

defeitos na conexão, impossibilidade de conexão, queda de qualidade ou velocidade em horários de maior fluxo do provedor de acesso acarreta responsabilidade pelos danos causados ao usuário.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁶¹ explicita que eventual falha na prestação de seus serviços como, por exemplo, o acesso de algum vírus através de seus computadores por culpa do provedor alojando-se em um computador de seus clientes seria uma hipótese em que ocorreria defeito de serviço, diante da confiança do cliente na tecnologia empregada pelo provedor para evitar o ataque à sua máquina e servidor, o que incorreria na incidência do art. 20 do Código de Defesa do Consumidor¹⁶².

Atenta-se que em caso de inadimplemento, é possível a interrupção da prestação de seus serviços diante de seu caráter não essencial. O judiciário, inclusive, já foi chamado a se manifestar sobre a questão antes da promulgação do Marco Civil da Internet, elencando que apesar de os serviços prestados pelos provedores de conexão à internet serem de grande utilidade, não poderiam ser considerados essenciais e nem indispensáveis à população, razão pela qual não incide o princípio da continuidade previsto no art. 22 do Código de Defesa do Consumidor¹⁶³, não sendo razoável a exigência de prestação do serviço sem a respectiva contraprestação pecuniária e, portanto, sendo possível a sua interrupção por falta de pagamento¹⁶⁴.

¹⁶¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. 4: Responsabilidade civil*, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 105-108.

¹⁶² Art. 20, CDC - O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

¹⁶³ Art. 22, CDC - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

¹⁶⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINOU O RESTABELECIMENTO DO ACESSO TELEFÔNICO DOS USUÁRIOS. DO PROVEDOR AGRAVADO. FALTA DE

No que tange ao sigilo dos dados cadastrais e de conexão dos usuários, embasado no direito à privacidade previsto na Constituição Federal, o Judiciário também já se manifestou a respeito, sustentando que na hipótese de ato ilícito praticado pelo usuário o provedor de conexão deveria fornecer os dados a terceiros e às autoridades competentes. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que o provedor de conexão deveria exibir documentos referentes à criação de endereço eletrônico na internet, dispondo de meios técnicos para que houvesse a identificação dos usuários que utilizam seus serviços de conexão, visto que se beneficiaria financeiramente da atividade¹⁶⁵.

Por óbvio, a extensão dos danos dependerá das consequências decorrentes do defeito ou má prestação do serviço, fato que não mudou com a promulgação do Marco Civil da Internet. Neste sentido, bem exemplifica Marcel Leonardi¹⁶⁶ que:

(...) se dados importantes deixaram de ser transmitidos, acarretando a perda de negócios ou prazos, deverá o provedor de acesso reparar integralmente o prejuízo financeiro e moral

PAGAMENTO. Os serviços prestados pelos provedores de acesso à internet são de grande utilidade nos dias atuais, entretanto, não podem ser considerados essenciais ou indispensáveis à população e, por esta razão, não estão subordinados ao princípio da continuidade previsto no Art. 22, do Código de Defesa do Consumidor. Desta forma, não é razoável exigir que a agravante preste um serviço oneroso sem a respectiva contra-prestação pecuniária por parte da agravada, logo, possível a sua interrupção por falta de pagamento. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Brasil, TJ-RJ, AI 2002.002.08443, Rel. Desembargador Francisco de Assis Pessanha, Órgão Julgador: Décima Sexta Câmara Cível, julgado em 06/05/2003).

¹⁶⁵ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS OU COISAS. SERVIDOR DE ACESSO À INTERNET. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MULTA. Hipótese dos autos em que o provedor de acesso à internet alegou que não é possível identificar o usuário responsável pela criação da home Page ofensiva somente com base no número do Internet Protocol. Os provedores de acesso prestam um serviço de intermediação entre o usuário e a rede, ou seja, eles possibilitam a conexão do internauta a World Wide Web. Assim, o provedor de acesso deve dispor de meios técnicos para identificar o usuário que utiliza seus serviços de conexão, haja vista que mantém em seus registros uma série de dados referentes aos seus usuários, bem como quanto às informações que são remetidas diuturnamente a partir de seus servidores de conexão, de modo que deve implementar os meios técnico que possibilitem a identificação do internauta que acessou o domínio do provedor de Sting utilizando o Internet Protocol que disponibiliza. A fixação das astreintes se justifica como meio de garantir a eficácia da decisão que determinou que a provedora de acesso forneça os dados do usuário criador da home Page ofensiva, sendo inaplicável ao caso em comento a Súmula nº 372, do STJ, sob pena de se impossibilitar a pretensão da ofendida de obter os dados do internauta responsável pela criação do site. Assim, não há qualquer elemento suficiente a justificar a exclusão ou a redução da multa. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO (Brasil, TJ-RS, AC 70026712505, Rel. Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, Órgão Julgador: Nona Câmara Cível, julgado em 27/05/2009).

¹⁶⁶ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 105.

porventura existente, desde que fique estabelecido que não era possível transmitir as informações por outros meios.

Caso, no entanto, o defeito cause apenas mero aborrecimento – como, por exemplo, impossibilitando o entretenimento do usuário por curto espaço de tempo – o provedor deveria ser responsável apenas pelo valor equivalente ao tempo em que o usuário ficou impossibilitado de realizar a conexão com a internet, descontando do valor pago por ele mensalmente.

Observa-se que a jurisprudência é pacífica no sentido de que o mero aborrecimento ou dissabor não gera indenização por danos morais, uma vez que a indenização tem como objetivo principal reparar um mal causado à pessoa e que lhe acarrete transtornos tais que influenciem em seu equilíbrio psicológico e não apenas incômodos comuns que a vida em sociedade traz naturalmente¹⁶⁷.

Por óbvio, o usuário deve comprovar a existência do dano bem como do nexo de causalidade entre o defeito e aquele para que haja a responsabilização do provedor de conexão.

Mesmo antes de o Marco Civil da Internet vigorar, usualmente os usuários já assinavam com os provedores de conexão típicos contratos de adesão que limitavam a garantia legal de adequação de seus serviços, fato que continua a ocorrer atualmente. Não raramente os provedores de conexão estipulam cláusulas contratuais elencando que o serviço fornecido poderá sofrer interrupções em razão de manutenções operacionais ou técnicas, de desligamento temporário do sistema, por falta de energia elétrica entre outras possibilidades. Entretanto, tais disposições não devem ser consideradas válidas, por força do art. 24 do Código de Defesa do Consumidor¹⁶⁸.

Sendo assim, os provedores de conexão devem arcar com os riscos inerentes ao serviço prestado, ou seja, devem ser responsabilizados por eventuais falhas nos equipamentos ou sistemas pelo fato de a própria natureza

¹⁶⁷ A indenização por dano moral se destina a reparar um mal causado à pessoa que resulte em um desgosto, aflição, transtornos que influenciem no seu equilíbrio psicológico e, não, apenas incômodos e transtornos que são comuns na vida em sociedade. (Brasil, TJ-RS, AC 70008512121, Rel. Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli, Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível, julgado em 25/11/2004).

¹⁶⁸ Art. 24, CDC - A garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor.

do serviço incluir a utilização de meios adicionais para que não haja interrupção bem como o usuário tenha a segurança e a qualidade do serviço contratado¹⁶⁹.

Comumente, os provedores de conexão utilizam de cláusulas nos contratos de adesão que limitam ou excluem a sua responsabilidade pelos danos causados em decorrência da má prestação de seus serviços. Ocorre que o art. 25, do Código de Defesa do Consumidor, elenca que é vedada a estipulação contratual de cláusula que atenua, exonere ou impossibilite a obrigação de indenizar.

Importante ressaltar que, por mais que seja vedada a utilização deste tipo de cláusula contratual, ela é muito utilizada nos contratos entre provedores de conexão e usuários, devendo, então, ser considerada nula de pleno direito, de acordo com o art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁰.

Conforme se depreende desta espécie de provedor, por vezes, utilizam-se diversos componentes fornecidos por terceiros, tais como energia elétrica, programas de computador, entre outros. Nesta seara, mesmo que o defeito decorra de um componente fornecido por terceiros, não poderá isentar-se de responsabilidade por já ter sido incorporado ao serviço de prestação de acesso à internet, à luz do art. 25, §2º, do Código de Defesa do Consumidor¹⁷¹.

Atenta-se que esta estipulação não afasta eventual direito de regresso, que poderá ser utilizado pelo provedor de conexão em face do responsável pelos danos causados.

¹⁶⁹ Neste sentido, Marcel Leonardi: “Os provedores de acesso à Internet devem arcar com os riscos de falhas nos equipamentos e sistemas por eles utilizados, jamais podendo transferi-los a seus usuários. A natureza de sua atividade pressupõe o emprego de tecnologias apropriadas para a prestação dos serviços, notadamente com relação a segurança e qualidade, o que inclui a utilização de sistemas informáticos adicionais para garantir a prestação ininterrupta dos serviços.” LEONARDI, Marcel. *In: Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 106.

¹⁷⁰ Art. 51, CDC - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonere ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

(...)
¹⁷¹ Art. 25, CDC - É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

(...)
§ 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.

Tal provedor, no entanto, pode demonstrar que o dano ocorreu em decorrência das exceções elencadas no art. 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: culpa exclusiva do consumidor, culpa de terceiro não fornecedor de componente incorporado ao serviço ou em razão de força maior bem como se comprovar que o defeito inexistente.

Ademais, ao incidir nitidamente o Código de Defesa do Consumidor na relação entre usuários e o provedor de conexão, há a responsabilização objetiva pelos danos causados, conforme os arts. 14 e 20, do referido diploma legal¹⁷².

Quanto à responsabilidade civil do provedor de conexão por eventual conteúdo disponibilizado por terceiros, Carlos Roberto Gonçalves¹⁷³, antes da promulgação do Marco Civil da Internet, já defendia que o provedor de conexão/acesso à internet não responderia civilmente, “pois os serviços que presta são apenas instrumentais e não há condições técnicas de avaliar as informações nem o direito de interceptá-las e de obstar qualquer mensagem”, o

¹⁷² Art. 14, CDC - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;
 II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
 III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente;
 II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 20, CDC - O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
 II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
 III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

¹⁷³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. 4: Responsabilidade civil*, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 103-105.

que demonstra posicionamento semelhante ao que já era estipulado em países da União Europeia e nos Estados Unidos da América.

Antes do Marco Civil da Internet não havia qualquer menção sobre o prazo de guarda dos registros de conexão bem como maiores detalhes sobre como estes registros deveriam ser armazenados – se poderia se dar por terceiro contratado ou teria que ser feito pelo próprio provedor. Neste período, a jurisprudência também não tinha se posicionado sobre o assunto.

Como não havia qualquer prazo para a guarda dos registros de conexão, o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), antes da promulgação do Marco Civil da Internet, em resposta à consulta pública sobre o assunto, recomendou que os provedores de conexão deveriam manter por um prazo mínimo de 3 (três) anos os dados de conexão e comunicação (identificação do endereço IP, data e hora de início e término da conexão e origem de chamada)¹⁷⁴.

Tal prazo não foi elencado aleatoriamente. Este prazo mínimo foi baseado no art. 206, §3º, V do Código Civil de 2002 que estipula a prescrição em 3 (três) anos para a pretensão de reparação civil. Ademais, falou-se em prazo mínimo, pois, à luz do Código de Defesa do Consumidor, tem-se o prazo de 5 (cinco) anos de pretensão à reparação por danos causados por fato do produto ou serviço (art. 27, Código de Defesa do Consumidor).

Conforme se perceberá, tais posicionamentos não tiveram muitas mudanças com o advento da Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet), sendo a mudança mais significativa a do prazo de guarda dos dados de conexão e comunicação, que será melhor tratado no capítulo seguinte.

5.1.3 Responsabilidade civil dos provedores de conexão após o Marco Civil da Internet e análise da tendência dos Tribunais

Com o advento do Marco Civil da Internet, foi trazido um ponto chave para eventual responsabilização desta espécie de provedor: a

¹⁷⁴ COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.br. *Recomendações para o desenvolvimento e operação da internet no Brasil*. 1999. Disponível em: <<http://www.cgi.br/recomendacoes-para-o-desenvolvimento-e-operacao-da-internet-no-brasil/>>. Acesso em: 15/06/2016.

neutralidade de rede. O art. 9º, *caput*, do Marco Civil da Internet que versa sobre a neutralidade de rede expõe que o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, não podendo fazer qualquer distinção por conteúdo, destino e origem, terminal, serviço ou aplicação.

O legislador estipulou, no entanto, que eventual discriminação ou degradação do tráfego somente poderá decorrer de duas hipóteses: requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações e; priorização de serviços de emergência.

Ressalta-se que na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento, nos termos do §2º do art. 9º¹⁷⁵, deve abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 do Código Civil de 2002¹⁷⁶ bem como agir com proporcionalidade, transparência e isonomia, informando de modo claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede. Além disso, deve oferecer serviços em condições não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

¹⁷⁵ Art. 9º, Lei n. 12.965/14 - O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e

II - priorização de serviços de emergência.

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve:

I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e

IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

(...)

¹⁷⁶ Art. 927, CC - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Na provisão de conexão à internet, o legislador estipulou que é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o que dispõe o art. 9º do Marco Civil da Internet e não importando se tal provisão é onerosa ou gratuita¹⁷⁷.

Quanto aos dados pessoais, o art. 10 do Marco Civil da Internet¹⁷⁸ elencou que os provedores responsáveis pelo registro de conexão e acesso à internet deverão protegê-los além dos registros e das comunicações privadas dos usuários. Tal proteção visa à preservação da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem dos usuários, sendo certo que a disponibilização destas só se dará por determinação judicial¹⁷⁹.

O legislador, indo ao encontro do posicionamento anterior ao Marco Civil da Internet e também com base no direito estrangeiro, isentou o provedor de conexão à internet de eventual responsabilidade civil pelos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, conforme disposto no art. 18 da supramencionada Lei:

Art. 18, Lei n. 12.965/14 - O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

¹⁷⁷ Art. 9º, Lei n. 12.965/14 - (...) §3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo.

¹⁷⁸ Art. 10, Lei n. 12.965/14 - A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º 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.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

¹⁷⁹ Importante mencionar que em 2018 foi aprovado o Projeto de Lei na Câmara n. 53, que trata especificamente sobre a proteção dos dados pessoais.

Tal fato decorre deste provedor ser responsável apenas pela transmissão do sinal de internet, não monitorando o conteúdo das informações, devendo incidir o Código de Defesa do Consumidor apenas pela prestação de má qualidade ou não prestação ao consumidor. Além disso, tem-se que o art. 18 está em consonância com o princípio da neutralidade de rede, não podendo realizar filtragem ou censura de conteúdos disponibilizados na web¹⁸⁰.

O Marco Civil da Internet, ao não responsabilizar os provedores de conexão por conteúdos gerados por terceiros, coaduna-se ao princípio da liberdade de expressão, visto que, caso a lei impusesse a responsabilidade, poderia haver exageros no bloqueio de informações. Este exagero decorreria do fato de que o bloqueio ocorre através do endereço IP do conteúdo ilícito, muitas vezes impedindo o acesso ao servidor identificado naquele endereço IP ou obstando o acesso ao conteúdo completo de um site¹⁸¹.

No que tange à guarda de registros de conexão, o legislador, no art. 13 do Marco Civil da Internet¹⁸², estipulou que o provedor de conexão deve

¹⁸⁰ Vide também: LONGHI, João Victor Rozatti. *Marco Civil da Internet do Brasil: Breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores*. In: Direito Privado e Internet. MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). São Paulo: Atlas, 2014, p. 122.

¹⁸¹ Vide também: LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade dos provedores de serviços de Internet por atos de terceiros*. In: Responsabilidade Civil: responsabilidade civil na Internet e outros meios de comunicação. 2 ed. SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 208-209; LONGHI, João Victor Rozatti. *Marco Civil da Internet do Brasil: Breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores*. In: Direito Privado e Internet. MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). São Paulo: Atlas, 2014, p. 121.

¹⁸² Art. 13, Lei n. 12.965/14 - Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

§ 1º A responsabilidade pela manutenção dos registros de conexão não poderá ser transferida a terceiros.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no caput.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no caput.

§ 4º O provedor responsável pela guarda dos registros deverá manter sigilo em relação ao requerimento previsto no § 2º, que perderá sua eficácia caso o pedido de autorização judicial seja indeferido ou não tenha sido protocolado no prazo previsto no § 3º.

§ 5º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 6º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

manter os registros de conexão, sob sigilo e em ambiente controlado e de segurança pelo prazo de 1 (um) ano, não podendo transferir a manutenção desses registros para terceiros, conforme exposto no §1º do artigo em tela.

Ademais, caso o Ministério Público ou autoridade policial ou administrativa ache necessário, poderá, cautelarmente, requerer que tais registros sejam guardados por prazo superior a 1 (um) ano. Atenta-se que nesta hipótese o requerente teria o prazo de 60 (sessenta) dias, contados do requerimento, para ingressar com o pedido judicial de acesso aos registros de conexão.

Ressalta-se que, em caso de descumprimento nas provisões sobre o registro de conexão poderão ser aplicadas sanções, atentando-se à natureza e à gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência, conforme o disposto no §6º do art. 13.

Outro ponto importante trazido pelo Marco Civil da Internet é que na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda de registros de acesso a aplicações de internet¹⁸³.

Neste sentido, por mais que o legislador tenha enfim estipulado um prazo para a guarda de registros de conexão, tem-se que este não se baseou em dois prazos extremamente importantes e já citados anteriormente: o prazo para pretensão de reparação civil elencado no Código Civil de 2002 (art. 206, §3º, V) e o prazo para reparação por danos decorrentes de fato do produto ou serviço do Código de Defesa do Consumidor (art. 27). Tal fato pode gerar alguns problemas práticos tanto para os referidos provedores quanto para os usuários.

Conforme já mencionado, na relação entre usuário e provedores de internet, tem-se uma nítida relação de consumo devendo ser o usuário tratado como consumidor e com todas as vantagens decorrentes disto.

Imagine-se uma situação hipotética em que o usuário descobre depois de transcorrido o prazo de 1 (um) ano elencando no art. 13 do Marco Civil da Internet que foi lesado de algum modo e necessita saber de dados dos registros de conexão dessa época. Baseado no Código Civil, haveria 3 (três)

¹⁸³ Art. 14, Lei n. 12.965/14 - Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet.

anos para o exercício da pretensão de reparação de danos, mas não se conseguiriam os dados para que tal reparação fosse pleiteada, mesmo estando abarcado por uma lei mais vantajosa a ele.

Ao se analisar o Código de Defesa do Consumidor, o fato fica ainda mais claro e gera maiores consequências práticas. O prazo de 5 (cinco) anos elencado no art. 27 para a pretensão à reparação por danos decorrentes de fato do produto ou serviço é ainda mais vantajoso ao usuário.

Suponha-se que o usuário, agora baseado no Código de Defesa do Consumidor, demande reparação por danos decorrentes dos serviços prestados por provedor de conexão e esse necessite dos registros de conexão para comprovar o fato. Ao inverter-se o ônus da prova com base no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor¹⁸⁴, ter-se-iam dois problemas práticos, tanto para o usuário como também para o provedor de conexão.

O usuário, muito provavelmente, se verá prejudicado, pois certamente terá dificuldades em provar o alegado uma vez que não possui qualquer capacidade técnica na maioria das vezes para demonstrar os eventuais registros em questão.

O provedor de conexão também se verá prejudicado, pois não conseguirá se defender uma vez que muito provavelmente se baseou no prazo de 1 (um) ano elencado no Marco Civil da Internet para guardar tais registros, visto que, para ele, guardar por mais tempo levaria uma demanda maior de recursos para armazenamento dos registros, o que geraria uma despesa elevada.

Como se nota, ao tentar trazer uma segurança jurídica maior aos usuários e provedores de conexão quanto ao prazo de guarda dos registros de conexão o Marco Civil da Internet foi contra legislações nitidamente mais favoráveis ao usuário e ao posicionamento anterior a promulgação da Lei. Tal fato gera, a princípio, a inconstitucionalidade do presente art. 13 do diploma legal quanto ao referido prazo de 1 (um) ano, devendo-se incidir, no mínimo, o prazo de 3 (três) anos do Código Civil de 2002, conforme recomendação

¹⁸⁴ Art. 6º, CDC - São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

fornecida pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) em resposta à consulta pública antes da promulgação do Marco Civil¹⁸⁵.

Vale ressaltar que o Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016, que buscou regulamentar o Marco Civil da Internet, em seu art. 13¹⁸⁶ menciona quais são os padrões de segurança e sigilo dos registros, dados pessoais e comunicações privadas que devem nortear os provedores de conexão e de aplicações de internet.

Além disso, o legislador expressamente incumbiu ao Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) o papel de promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais a fim de nortear essas diretrizes, baseando-se nas especificidades e o porte dos provedores.

Por fim, no §2º do art. 13, há previsão expressa de que os provedores (de conexão e de aplicações de internet) devem reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e acesso a aplicações, excluindo-as tão logo se atinja a finalidade do seu uso ou se encerrado o prazo determinado por obrigação legal.

¹⁸⁵ COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.br. *Recomendações para o desenvolvimento e operação da internet no Brasil*. 1999. Disponível em: <<http://www.cgi.br/recomendacoes-para-o-desenvolvimento-e-operacao-da-internet-no-brasil/>>. Acesso em: 15/06/2016.

¹⁸⁶ Art. 13, Decreto n. 8.771/16 - Os provedores de conexão e de aplicações devem, na guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais e comunicações privadas, observar as seguintes diretrizes sobre padrões de segurança:

I - o estabelecimento de controle estrito sobre o acesso aos dados mediante a definição de responsabilidades das pessoas que terão possibilidade de acesso e de privilégios de acesso exclusivo para determinados usuários;

II - a previsão de mecanismos de autenticação de acesso aos registros, usando, por exemplo, sistemas de autenticação dupla para assegurar a individualização do responsável pelo tratamento dos registros;

III - a criação de inventário detalhado dos acessos aos registros de conexão e de acesso a aplicações, contendo o momento, a duração, a identidade do funcionário ou do responsável pelo acesso designado pela empresa e o arquivo acessado, inclusive para cumprimento do disposto no art. 11, § 3º, da Lei nº 12.965, de 2014; e

IV - o uso de soluções de gestão dos registros por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados, como encriptação ou medidas de proteção equivalentes.

§ 1º Cabe ao CGIbr promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais para o disposto nesse artigo, de acordo com as especificidades e o porte dos provedores de conexão e de aplicação.

§ 2º Tendo em vista o disposto nos incisos VII a X do caput do art. 7º da Lei nº 12.965, de 2014, os provedores de conexão e aplicações devem reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e acesso a aplicações, os quais deverão ser excluídos:

I - tão logo atingida a finalidade de seu uso; ou

II - se encerrado o prazo determinado por obrigação legal.

5.2 Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet

5.2.1 Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet em outros países

Assim como no caso dos provedores de conexão, percebe-se que no cerne dos provedores de aplicações de internet, o Brasil se baseou em países e leis que estavam, de certa forma, com a discussão mais avançada sobre o assunto, o que influenciou nitidamente na não adoção do entendimento jurisprudencial anterior ao Marco Civil da Internet.

Conforme já mencionado, o Brasil, através de um portal feito para debater o projeto de lei do Marco Civil da Internet (www.culturadigital.br), buscou uma discussão aberta e democrática sobre os temas envolvendo o uso da internet no país. Na época, inclusive, o Ministério de Relações Exteriores solicitou às embaixadas brasileiras informações atinentes a regulamentação da internet em diversos países, o que fez com que em determinados pontos se perceba a nítida influência da Europa e dos Estados Unidos da América na Lei n. 12.965/14.

Na União Europeia, como exposto no capítulo sobre a responsabilidade civil dos provedores de conexão, há basicamente duas Diretivas que versam sobre a responsabilização civil dos provedores de internet: Diretiva 2000/31/CE e Diretiva 2001/29/CE.

A Diretiva 2000/31/CE, que objetivou fomentar o comércio eletrônico na União Europeia, tratou no art. 14 sobre a “armazenagem em servidor”, dispondo:

Art. 14º - Armazenagem em servidor

1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que:

a) O prestador não tenha conhecimento efectivo da actividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma acção de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de

factos ou de circunstâncias que evidenciam a actividade ou informação ilegal, ou

b) O prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, actue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

2. O n.º 1 não é aplicável nos casos em que o destinatário do serviço actue sob autoridade ou controlo do prestador.

3. O disposto no presente artigo não afecta a faculdade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infracção, nem afecta a faculdade de os Estados-Membros estabelecerem disposições para a remoção ou impossibilitação do acesso à informação.

Nota-se que o art. 14, da Diretiva 2000/31/CE, traz algumas considerações importantes, principalmente quanto a conteúdos ilícitos colocados na internet. A princípio, nota-se que há diferenciação no cerne da responsabilidade civil e penal desta espécie de provedor.

No que tange à responsabilidade penal, estabelece-se que este provedor não será responsabilizado por informação ilegal postada por terceiros, salvo se tiver conhecimento efetivo da ação ou informação ilícita.

Quanto à responsabilidade civil, foco do presente estudo, depreende-se que o provedor será responsabilizado por perdas e danos se tomar conhecimento dos fatos ou de circunstâncias que evidenciam a atividade ou informação ilegal.

Portanto, há uma nítida diferenciação entre a responsabilidade penal e civil do provedor por ilícito de terceiro. A responsabilidade civil por perdas e danos ocorrerá com o simples conhecimento do provedor dos fatos ou circunstâncias que evidenciem a informação ilegal, enquanto que a responsabilidade penal dele ocorrerá quando o provedor tiver conhecimento inequívoco da existência de ilícitos em seus servidores¹⁸⁷.

Ao elencar no art. 14 da Diretiva 2000/31/CE que o provedor deveria ter “*conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a actividade ou informação ilegal*” para que pudesse ser responsabilizado, tem-se um questionamento importante: qual seria o modo como os provedores deveriam

¹⁸⁷ Vide também: BAISTROCCHI, Pablo. *Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce*. *Santa Clara High Technology Law Journal*, v. 19, pp. 111-130, 2003.

ser informados? A resposta a esta pergunta não é fornecida pela Diretiva 2000/31/CE.

O “Considerando (46)”¹⁸⁸, por sua vez, determina que este posicionamento do art. 14 visa proteger a liberdade de expressão, elencando-o, inclusive, como um princípio, tal como o Marco da Civil da Internet faz no art. 3º, I. Entretanto, assim como o art. 14, estipula que a partir do momento em que tenha conhecimento efetivo da ilicitude, ou tenha sido alertado deste, o provedor deverá proceder com diligência no sentido de remover as informações ou impossibilitar o acesso a estas, podendo cada Estado-Membro fixar os requisitos específicos que tenham de ser cumpridos para a remoção ou impossibilidade de acesso ao conteúdo.

Percebe-se que tanto o “Considerando (46)” como o art. 14 da Diretiva 2000/31/CE não delimitam de forma clara o modo de notificação dos provedores de internet quanto a conteúdos ilícitos.

A legislação de fato pecou ao não definir o modo de notificação dos provedores de internet quanto ao conteúdo ilícito¹⁸⁹. No entanto, uma solução plausível seria os Estados-Membros estabelecerem disposições para a remoção ou impossibilitação do acesso a informação reputada ilícita, nos termos do art. 14, 3, da Diretiva 2000/31/CE.

O art. 15 da Diretiva 2000/31/CE ajuda, de certo modo, a tentar solucionar a questão expondo que os provedores de internet não são obrigados a monitorar as informações que transmitem e armazenam e nem têm a obrigação de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes:

¹⁸⁸ “Considerando (46)”: “A fim de beneficiar de uma delimitação de responsabilidade, o prestador de um serviço da sociedade da informação, que consista na armazenagem de informação, a partir do momento em que tenha conhecimento efectivo da ilicitude, ou tenha sido alertado para esta, deve proceder com diligência no sentido de remover as informações ou impossibilitar o acesso a estas. A remoção ou impossibilitação de acesso têm de ser efectuadas respeitando o princípio da liberdade de expressão. A presente directiva não afecta a possibilidade de os Estados-Membros fixarem requisitos específicos que tenham de ser cumpridos de forma expedita, previamente à remoção ou à impossibilitação de acesso à informação”.

¹⁸⁹ Neste sentido, Marcel Leonardi: “Seria desejável uma melhor definição sobre o que representa ‘conhecimento de fatos ou de circunstâncias que evidenciam a atividade ou informação ilegal’, evitando, assim, que provedores possam ser responsabilizados por conteúdo ilícito encontrado em seus servidores sem prévio aviso dos lesados ou de autoridade competente”. In: LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 41.

Artigo 15º - Ausência de obrigação geral de vigilância

1. Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12º, 13º e 14º, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes.

2. Os Estados-Membros podem estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as actividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.

Entretanto, o “Considerando (47)”¹⁹⁰ estipula algumas exceções, nas quais poderá ocorrer a obrigação de vigilância em casos específicos, e não afetando, ainda, as decisões das autoridades nacionais nos termos das legislações de cada Estado-Membro. Os Estados-Membros poderão exigir dos provedores inclusive que colham informações prestadas pelos usuários e que exerçam diligências razoáveis e especificadas na legislação nacional de cada país, a fim de detectarem e prevenirem certos tipos de atividades ilícitas¹⁹¹.

É possível, portanto, que determinado Estado-Membro da União Europeia estabeleça o monitoramento obrigatório a atividades ilícitas que entenda ser necessária para tal medida. Marcel Leonardi¹⁹² sugere que, a fim de se evitar generalidades, seja reservada esta obrigação às hipóteses em que não haja subjetividade com relação à informação ilegal, citando, como exemplo, a pornografia infantil. Indo mais além, pode-se citar, também, a título de exemplo, ilícitos que envolvem racismo, homofobia, xenofobia etc., pois estes são de fácil constatação e não demandam uma análise aprofundada, sendo uma prática cada vez mais corriqueira atualmente.

¹⁹⁰ “Considerando (47)”: “Os Estados-Membros só estão impedidos de impor uma obrigação de vigilância obrigatória dos prestadores de serviços em relação a obrigações de natureza geral. Esse impedimento não diz respeito a obrigações de vigilância em casos específicos e, em especial, não afecta as decisões das autoridades nacionais nos termos das legislações nacionais”.

¹⁹¹ “Considerando (48)”: “A presente directiva não afecta a possibilidade de os Estados-Membros exigirem dos prestadores de serviços, que acolham informações prestadas por destinatários dos seus serviços, que exerçam deveres de diligência que podem razoavelmente esperar-se deles e que estejam especificados na legislação nacional, no sentido de detectarem e prevenirem determinados tipos de actividades ilegais”.

¹⁹² LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 42.

O “Considerando (45)”¹⁹³ deixa ainda mais clara a preocupação com os ilícitos praticados no âmbito dos provedores de internet, possibilitando que decisões judiciais ou administrativas exijam a prevenção ou cessação de eventuais infrações, inclusive, removendo informações ilegais ou impossibilitando o acesso.

O sistema americano também buscou instituir uma proteção à liberdade de expressão. Isto fica mais evidente ao analisar o *Communications Decency Act*, de 1996, que estabelece isenção de responsabilidade dos provedores de serviços de internet por material ofensivo armazenado, disponibilizado ou transmitido por seus equipamentos.

Aliás, a seção 230, alínea “c”, número 1 do *Communications Decency Act* determina que “*no provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider*”¹⁹⁴.

A definição de provedor de conteúdo (*information content provider*) está presente na Seção 230, alínea “f”, número 3:

*The term “information content provider” means any person or entity that is responsible, in whole or in part, for the creation or development of information provided through the Internet or any other interactive computer service.*¹⁹⁵

Essa isenção de responsabilidade se estende para os provedores considerados como meros intermediários e também em relação aos provedores de conteúdo, desde que não tenham exercido controle prévio sobre a informação disponibilizada.

No *leading case* *Zeran v. Americana Online (AOL)*¹⁹⁶, a Corte norte-americana de Apelação, com base no disposto no *Communications Decency*

¹⁹³ “Considerando (45)”: “*a delimitação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, fixada na presente directiva, não afecta a possibilidade de medidas inibitórias de diversa natureza. Essas medidas podem consistir, designadamente, em decisões judiciais ou administrativas que exijam a prevenção ou a cessação de uma eventual infracção, incluindo a remoção de informações ilegais, ou tornando impossível o acesso a estas*”.

¹⁹⁴ “Nenhum provedor ou usuário de um serviço informático interativo será considerado como o editor ou autor de uma informação fornecida por outro provedor de conteúdo” (tradução livre).

¹⁹⁵ “o termo ‘provedor de conteúdo’ significa qualquer pessoa ou entidade que é responsável, no todo ou em parte, pela criação ou desenvolvimento de informação fornecida através da internet ou de qualquer outro serviço informático interativo” (tradução livre).

¹⁹⁶ Este caso teve como discussão central o fato de que um usuário anônimo, fingindo ser Kenneth M. Zeran, inseriu mensagens em provedor mantido pela AOL, nos quais anunciava

Act, determinou a imunidade dos servidores por não ter removido conteúdos ilícitos mesmo depois de notificado para tal. Ao provedor, segundo o tribunal, somente deveria ser imputada a necessidade de remover o conteúdo reputado ilícito mediante ação judicial específica e não somente pela notificação do lesado, sob pena de violação a liberdade de expressão¹⁹⁷.

Segundo Marcel Leonardi¹⁹⁸, fica evidente que o Congresso norte-americano inclinou-se à pressão dos provedores de internet à época, eximindo-os de qualquer responsabilidade pelo conteúdo que armazenam, transmitem e divulgam, de forma que eventual responsabilização por conteúdo ilícito de terceiro só pode ser reputado a este e não ao provedor.

O *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) de 1998, como já exposto, surgiu após intenso debate sobre a questão das violações de direitos autorais no âmbito virtual, criando requisitos para eventual responsabilização dos provedores de internet. Na maior parte das vezes a lei exonera os provedores de responsabilidade por danos decorrentes da violação de direitos de propriedade intelectual, se preenchidos os requisitos previstos¹⁹⁹.

Há diversas críticas referentes ao *Digital Millennium Copyright Act*, principalmente por parte dos defensores da liberdade de expressão, que argumentam que esta lei impõe restrições severas à possibilidade de uso e cópia de obras protegidas.

A seção 202 do *Digital Millennium Copyright Act* versa sobre as limitações de responsabilidade por violações de direitos autorais. O inciso (c) elenca que os provedores de hospedagem serão isentos de responsabilidade

vendas de camisetas que defendiam ataques terroristas. Zeran, ao tomar conhecimento, propôs ação contra a AOL. Ao fim, teve-se decisão no sentido de que a AOL não era a porta-voz do conteúdo postado por terceiro, não tendo sequer o dever de suprimir o conteúdo, pois poderia violar a liberdade de expressão. In: Estados Unidos da América, *United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*, Zeran v. AOL, n. 97-1523. Disponível em: <<http://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/971523.P.pdf>>. Acesso em: 01/08/2017.

¹⁹⁷ ZINITI, Cecília. *Optimal Liability System for Online Service Providers: How Zeran v. America Online Got it Right and Web 2.0 Proves it*. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 23, pp. 583-616, 2008.

¹⁹⁸ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 48.

¹⁹⁹ A importância do *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) no cerne das violações de direitos autorais é estudada mundo afora, sendo, por vezes, objeto de estudos nos quais o analisam com a legislação local. Neste sentido, vide também: KAHANDAWAARACHCHI, Thilini. *Liability of internet service providers for third party online copyright infringement: a study of the US and Indian Laws*. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 12, pp. 553-561, 2007; WAN, Ke Steven. *Internet service providers' vicarious liability versus regulation of copyright infringement in China*. *Journal of Law, Technology and Policy*, v. 2 pp. 375-412, 2011.

se não tiverem conhecimento da ilegalidade do conteúdo armazenado em seu servidor e nem de fatos ou de circunstâncias que evidenciem a atividade ou informação ilegal. Caso, entretanto, o provedor de hospedagem tome conhecimento da existência do conteúdo ilícito deverá removê-lo ou impedir o acesso a ele.

Esta isenção de responsabilidade só ocorrerá se o provedor não obtiver benefícios financeiros diretamente relacionados à atividade ou informação ilícita. Ademais, tem-se que o provedor deverá manter um agente disponível para o envio de eventuais interpelações a respeito de ilícitos concernentes a direitos de propriedade intelectual, cujo nome, endereço, telefone e endereço eletrônico deverão constar tanto no *website* quanto no *Copyright Office*:

“(c) INFORMATION RESIDING ON SYSTEMS OR NETWORKS AT DIRECTION OF USERS.

(1) IN GENERAL - A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider - (A)(i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing; (ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or (iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material; (B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and (C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.

(2) DESIGNATED AGENT - The limitations on liability established in this subsection apply to a service provider only if the service provider has designated an agent to receive notifications of claimed infringement described in paragraph (3), by making available through its service, including on its website in a location accessible to the public, and by providing to the Copyright Office, substantially the following information: (A) the name, address, phone number, and electronic mail address of the agent. (B) other contact information which the Register of Copyrights may deem appropriate. The Register of Copyrights shall maintain a current directory of agents available to the public for inspection, including through the Internet, in both electronic and hard copy formats, and may require payment of

*a fee by service providers to cover the costs of maintaining the directory*²⁰⁰.

O ponto central que difere o sistema europeu do sistema norte-americano consiste na possibilidade de notificação dos provedores de internet pelos detentores de direito de propriedade intelectual para que bloqueiem o acesso a informações tidas como ilícitas. Este é o denominado *notice and take down*.

A lei aponta, ainda, que a notificação deve respeitar os requisitos legais para que seja considerada válida²⁰¹, dentre os quais: estar assinada

²⁰⁰ "(c) INFORMAÇÃO RESIDINDO EM UM SISTEMA OU EM UMA REDE DISPONÍVEL PARA OS USUÁRIOS.

(1) EM GERAL – Um provedor de serviço não será responsável por danos, exceto pela subseção (j), ou sujeito a medidas liminares ou outras formas de antecipação de tutela, pela violação de direitos autorais decorrentes do fato de o provedor armazenar conforme instruções do usuário o material que reside em um sistema ou em uma rede controlada ou operada pelo provedor de serviço – (A) (i) não possui conhecimento de que o material ou a atividade viola direitos; (ii) na ausência de tal conhecimento, não conhece fatos ou circunstâncias pelos quais a atividade que viola direitos se tornaria evidente; ou (iii) tão logo obtenha conhecimento ou ciência, aja imediatamente para remover ou desabilitar o acesso a este material; (B) não receber qualquer benefício financeiro diretamente atribuível à atividade que viola direitos, caso o provedor tenha o direito e a capacidade de controlar tal atividade; e (C) notificado de uma suposta atividade que viole direitos conforme descrita pela subseção (3), responder imediatamente para remover ou desabilitar o acesso ao material que se alega estar violando direitos.

(2) DESIGNAÇÃO DE PROCURADOR – As limitações de responsabilidade estabelecidas nesta subseção aplicam-se ao provedor de serviços apenas se o provedor designar procurador para receber notificações de alegadas violações descritas no parágrafo (3), disponibilizando, através dos seus serviços, inclusive no *website* cujo acesso é disponível ao público, bem como enviando ao Centro de Controle de Copyright (Copyright Office), as seguintes informações: (A) nome, endereço, telefone e endereço eletrônico do procurador; (B) outras informações de contato que o Registro de Direitos Autorais julgarem apropriados. O Registro de Direitos Autorais deve manter um diretório atual de agentes disponíveis inspeção pública, inclusive através da Internet, em formatos eletrônicos e impressos, e pode exigir o pagamento de uma taxa pelos prestadores de serviços para cobrir os custos de manutenção do diretório" (tradução livre).

²⁰¹ (3) ELEMENTS OF NOTIFICATION - (A) *To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following:*

(i) *A physical or electronic signature of a person authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.*

(ii) *Identification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a representative list of such works at that site.*

(iii) *Identification of the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity and that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate the material.*

(iv) *Information reasonably sufficient to permit the service provider to contact the complaining party, such as an address, telephone number, and, if available, an electronic mail address at which the complaining party may be contacted.*

(v) *A statement that the complaining party has a good faith belief that use of the material in the manner complained of is not authorized by the copyright owner, its agent, or the law.*

física ou eletronicamente, por pessoa que represente o detentor dos direitos da propriedade intelectual violados; haver identificação do material protegido e do material reputado como ilegal que deverá ser removido ou bloqueado; conter informações que permitam ao provedor identificar o material considerado ilegal; conter dados que permitam o contato entre o provedor e o notificante; conter declaração do notificando no qual se afirma que o matéria foi utilizado sem a autorização do detentor dos direitos de propriedade intelectual; e conter declaração no qual o notificante afirme que as informações prestadas são verdadeiras e que está autorizado a agir em nome do detentor dos direitos de propriedade intelectual.

Caso, eventualmente, estas condições não sejam preenchidas adequadamente, ao provedor não será incumbido o dever de bloquear o acesso à informação apontada como ilegal, conforme estipula a seção (B):

(B)(i) Subject to clause (ii), a notification from a copyright owner or from a person authorized to act on behalf of the copyright owner that fails to comply substantially with the provisions of subparagraph (A) shall not be considered under paragraph (1)(A) in determining whether a service provider has actual knowledge or is aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent.

(ii) In a case in which the notification that is provided to the service provider's designated agent fails to comply substantially with all the provisions of subparagraph (A) but substantially complies with clauses (ii), (iii), and (iv) of subparagraph (A), clause (i) of this subparagraph applies only if the service provider promptly attempts to contact the person making the notification or takes other reasonable steps to assist in the receipt of notification that substantially complies with all the provisions of subparagraph (A)²⁰².

(vi) A statement that the information in the notification is accurate, and under penalty of perjury, that the complaining party is authorized to act on behalf of the owner of an exclusive right that is allegedly infringed.

²⁰² “(B) (i) Sujeito à cláusula (ii), uma notificação de um proprietário de direitos autorais ou de uma pessoa autorizada a agir em nome do proprietário dos direitos autorais que não cumprir substancialmente o disposto na alínea (A) não deve ser considerada nos termos do parágrafo (1) (A) para determinar se um provedor de serviços tem conhecimento atual ou está ciente de fatos ou circunstâncias de que a atividade infratora é aparente.

(ii) No caso em que a notificação é fornecida ao agente designado do prestador do serviço não cumpre substancialmente todas as disposições da alínea (A), mas cumpre substancialmente as cláusulas (ii), (iii) e (iv) do subparágrafo (A), a cláusula (i) deste parágrafo se aplica somente se o provedor de serviços tentar prontamente entrar em contato com a pessoa que efetua a notificação ou tomar outras medidas razoáveis para ajudar no recebimento de notificação que atende substancialmente a todas as disposições do subparágrafo (A)” (tradução livre).

Como se nota, o sistema norte-americano é extremamente burocrático. Para que seja incumbido o dever de retirada de eventual conteúdo ilícito ao provedor de internet, é necessário o preenchimento de diversos requisitos, sendo que a falta ou defeito de um destes acarretará na não retirada do conteúdo reputado ilícito da internet.

Merece destaque também o fato de a lei norte-americana ter se preocupado em tratar sobre a responsabilidade dos mecanismos de busca de informações, que tem um papel cada vez mais importante na sociedade de informação. O inciso (d)²⁰³, que trata sobre o assunto, de forma semelhante ao que ocorre com outras espécies de provedores, isenta de responsabilidade os mecanismos de busca que disponibilizem o acesso a outros *sites* que eventualmente contenham ilícitos.

Objetivando coibir condutas de usuários mal-intencionados que requerem o bloqueio de informações legítimas apontando-as como ilegais, a lei norte-americana previu no inciso (f)²⁰⁴ a responsabilização pelos danos causados ao provedor de conteúdo, hospedagem e ao detentor de propriedade intelectual.

²⁰³ (d) *INFORMATION LOCATION TOOLS* - A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider referring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link, if the service provider –

(1)(A) does not have actual knowledge that the material or activity is infringing;

(B) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or

(C) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

(2) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and

(3) upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity, except that, for purposes of this paragraph, the information described in subsection (c)(3)(A)(iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link.

²⁰⁴ (f) *MISREPRESENTATIONS* - Any person who knowingly materially misrepresents under this section –

(1) that material or activity is infringing, or

(2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification, shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it.

Caso, eventualmente, o provedor de internet bloqueie o acesso à informação reputada ilegal - independentemente do fato de esta ser considerada ou não ilícita posteriormente - a Lei o isenta de responsabilidade²⁰⁵.

Tão logo receba notificação reputando como ilegal determinado conteúdo, o provedor de serviços deverá bloquear o acesso, desde que este preencha os requisitos legais supracitados. Após o bloqueio do acesso à informação, o provedor de serviços deverá comunicar o provedor de conteúdo responsável por ela sobre tal, que poderá apresentar resposta (contra-notificação), defendendo-se da alegação de violação de propriedade intelectual.

Para que o provedor de serviço seja isento de responsabilidade, deverá fornecer cópia da defesa feita pelo provedor de conteúdo ao notificante originário, comunicando-o de que não mais bloqueará o acesso a informação no prazo de 10 (dez) dias úteis.

Com isto, tem-se que o provedor de serviços deverá restabelecer o acesso à informação no prazo mínimo de 10 (dez) e no máximo de 14 (quatorze) dias úteis após o recebimento da resposta do provedor de conteúdo. Tal fato não ocorrerá somente se lhe for comunicado que o notificante originário interpôs ação judicial com fulcro a impedir a prática de atividades ilícitas relacionadas às informações ora bloqueadas pelo provedor de conteúdo²⁰⁶.

²⁰⁵ (g) REPLACEMENT OF REMOVED OR DISABLED MATERIAL AND LIMITATION ON OTHER LIABILITY –

(1) NO LIABILITY FOR TAKING DOWN GENERALLY - Subject to paragraph (2), a service provider shall not be liable to any person for any claim based on the service provider's good faith disabling of access to, or removal of, material or activity claimed to be infringing or based on facts or circumstances from which infringing activity is apparent, regardless of whether the material or activity is ultimately determined to be infringing.

²⁰⁶ (2) EXCEPTION - Paragraph (1) shall not apply with respect to material residing at the direction of a subscriber of the service provider on a system or network controlled or operated by or for the service provider that is removed, or to which access is disabled by the service provider, pursuant to a notice provided under subsection (c)(1)(C), unless the service provider

(A) takes reasonable steps promptly to notify the subscriber that it has removed or disabled access to the material;

(B) upon receipt of a counter notification described in paragraph (3), promptly provides the person who provided the notification under subsection (c)(1)(C) with a copy of the counter notification, and informs that person that it will replace the removed material or cease disabling access to it in 10 business days; and

(C) replaces the removed material and ceases disabling access to it not less than 10, nor more than 14, business days following receipt of the counter notice, unless its designated agent first receives notice from the person who submitted the notification under subsection

A contra-notificação tem como objetivo, conforme analisado, a defesa do provedor de conteúdo da alegação de que determinada informação viola direitos de propriedade intelectual. Ela deve preencher alguns requisitos, que são semelhantes aos estabelecidos para a validade da notificação do detentor de direitos de propriedade:

(3) CONTENTS OF COUNTER NOTIFICATION - To be effective under this subsection, a counter notification must be a written communication provided to the service provider's designated agent that includes substantially the following:

(A) A physical or electronic signature of the subscriber.

(B) Identification of the material that has been removed or to which access has been disabled and the location at which the material appeared before it was removed or access to it was disabled.

(C) A statement under penalty of perjury that the subscriber has a good faith belief that the material was removed or disabled as a result of mistake or misidentification of the material to be removed or disabled.

(D) The subscriber's name, address, and telephone number, and a statement that the subscriber consents to the jurisdiction of Federal District Court for the judicial district in which the address is located, or if the subscriber's address is outside of the United States, for any judicial district in which the service provider may be found, and that the subscriber will accept service of process from the person who provided notification under subsection (c)(1)(C) or an agent of such person²⁰⁷.

(c)(1)(C) that such person has filed an action seeking a court order to restrain the subscriber from engaging in infringing activity relating to the material on the service provider's system or network.

²⁰⁷ “(3) CONTEÚDO DA CONTRA-NOTIFICAÇÃO - Para ser efetivo sob esta subseção, uma contra-notificação deve ser uma comunicação escrita fornecida ao agente designado do provedor de serviços que inclua substancialmente o seguinte:

(A) Uma assinatura física ou eletrônica do assinante.

(B) Identificação do material que foi removido ou para o qual o acesso foi desativado e a localização em que o material possuía antes de ser removido ou o acesso que foi desativado.

(C) Uma declaração sob pena de perjúrio que o assinante acredita de boa fé que o material foi removido ou desativado como resultado de erro ou identificação incorreta do material a ser removido ou desativado.

(D) O nome, endereço e número de telefone do assinante e uma declaração que o assinante consente na jurisdição da Corte Distrital Federal para o distrito judicial em que o endereço está localizado ou se o endereço do assinante estiver fora dos Estados Unidos, para qualquer distrito judicial em que o provedor do serviço possa ser encontrado e que o assinante aceitará o serviço de processo da pessoa que notificou nos termos da subseção (c) (1) (C) ou um agente dessa pessoa” (tradução livre).

Ao provedor de serviços, não será imputada responsabilidade pela violação de direitos de propriedade intelectual com relação ao material trazido na notificação caso os requisitos elencados sejam respeitados²⁰⁸.

Se achar necessário, o *Digital Millennium Copyright Act* faculta aos detentores de direitos de propriedade intelectual exigir, através de intimação formal requerida a uma corte de justiça, que os provedores de serviços forneçam dados referentes aos cadastros e conexão a fim de identificar o usuário que cometeu o ilícito. Ao provedor de serviços, neste caso, será incumbida a obrigação de atender a obrigação, prestando as informações necessárias à identificação do infrator²⁰⁹.

O *Digital Millennium Copyright Act* determina condições que, se preenchidas, isentarão de responsabilidade os provedores de serviços. Basicamente, há duas: a adoção e implementação de uma política de utilização no qual haja o encerramento da prestação de serviços aos usuários reincidentes em atos que violem propriedade intelectual, e acolher e não

²⁰⁸ (4) *LIMITATION ON OTHER LIABILITY* - A service provider's compliance with paragraph (2) shall not subject the service provider to liability for copyright infringement with respect to the material identified in the notice provided under subsection (c)(1)(C).

²⁰⁹ (h) *SUBPOENA TO IDENTIFY INFRINGER* -

(1) *REQUEST* - A copyright owner or a person authorized to act on the owner's behalf may request the clerk of any United States district court to issue a subpoena to a service provider for identification of an alleged infringer in accordance with this subsection.

(2) *CONTENTS OF REQUEST* - The request may be made by filing with the clerk -

(A) a copy of a notification described in subsection (c)(3)(A);

(B) a proposed subpoena; and

(C) a sworn declaration to the effect that the purpose for which the subpoena is sought is to obtain the identity of an alleged infringer and that such information will only be used for the purpose of protecting rights under this title.

(3) *CONTENTS OF SUBPOENA* - The subpoena shall authorize and order the service provider receiving the notification and the subpoena to expeditiously disclose to the copyright owner or person authorized by the copyright owner information sufficient to identify the alleged infringer of the material described in the notification to the extent such information is available to the service provider.

(4) *BASIS FOR GRANTING SUBPOENA* - If the notification filed satisfies the provisions of subsection (c)(3)(A), the proposed subpoena is in proper form, and the accompanying declaration is properly executed, the clerk shall expeditiously issue and sign the proposed subpoena and return it to the requester for delivery to the service provider.

(5) *ACTIONS OF SERVICE PROVIDER RECEIVING SUBPOENA* - Upon receipt of the issued subpoena, either accompanying or subsequent to the receipt of a notification described in subsection (c)(3)(A), the service provider shall expeditiously disclose to the copyright owner or person authorized by the copyright owner the information required by the subpoena, notwithstanding any other provision of law and regardless of whether the service provider responds to the notification.

(6) *RULES APPLICABLE TO SUBPOENA* - Unless otherwise provided by this section or by applicable rules of the court, the procedure for issuance and delivery of the subpoena, and the remedies for noncompliance with the subpoena, shall be governed to the greatest extent practicable by those provisions of the Federal Rules of Civil Procedure governing the issuance, service, and enforcement of a subpoena duces tecum.

interferir em medidas técnicas utilizadas pelos detentores de direitos de propriedade intelectual a fim de proteger ou identificar o conteúdo²¹⁰. Ademais, a própria Lei define o que seriam “medidas técnicas”:

(2) DEFINITION.—As used in this subsection, the term ‘standard technical measures’ means technical measures that are used by copyright owners to identify or protect copyrighted works and—

(A) have been developed pursuant to a broad consensus of copyright owners and service providers in an open, fair, voluntary, multi-industry standards process;

(B) are available to any person on reasonable and nondiscriminatory terms; and

(C) do not impose substantial costs on service providers or substantial burdens on their systems or networks²¹¹.

A depender da atividade exercida pelo provedor de serviços, o *Digital Millennium Copyright Act* estabelece regras que devem ser observadas para a concessão de medidas judiciais que visem o bloqueio do acesso a informações ilegais. Os requisitos para a concessão variam conforme a atividade exercida pelo provedor de serviços.

Estas ordens judiciais devem respeitar o contraditório prévio, ou seja, o provedor deverá ser notificado e a ele dar-se-á a oportunidade de se manifestar, com exceção feita aos casos de preservação de provas e de

²¹⁰ (i) *CONDITIONS FOR ELIGIBILITY - (1) ACCOMMODATION OF TECHNOLOGY.-The limitations on liability established by this section shall apply to a service provider only if the service provider –*

(A) has adopted and reasonably implemented, and informs subscribers and account holders of the service provider’s system or network of, a policy that provides for the termination in appropriate circumstances of subscribers and account holders of the service provider’s system or network who are repeat infringers; and

(B) accommodates and does not interfere with standard technical measures.

²¹¹ “(2) DEFINIÇÃO.- Conforme utilizado nesta subseção, o termo “medidas técnicas” significa medidas técnicas que são utilizadas pelos proprietários de direitos autorais para identificar ou proteger as obras que são protegidas por direitos autorais e -

(A) foram desenvolvidos de acordo com um amplo consenso de proprietários de direitos autorais e provedores de serviços em um processo de padrões aberto, justo, voluntário e multi-indústria;

(B) estão disponíveis para qualquer pessoa em termos razoáveis e não discriminatórios; e

(C) não importam custos substanciais aos prestadores de serviços ou encargos substanciais em seus sistemas ou redes” (tradução livre).

ordens que não possuam efeitos materiais contrários ao funcionamento da rede²¹².

Marcel Leonardi²¹³ ressalva que, em qualquer dos casos, o julgador deverá analisar se a ordem oneraria de modo excessivo o provedor de serviços bem como a possibilidade técnica de implementação da medida a fim de não interferir no acesso a informações legítimas. Além disso, deve-se ponderar qual seria a extensão do dano ao titular de direitos de propriedade intelectual caso não se tomasse nenhuma providência em relação ao ilícito, analisando a possibilidade ou não de outras medidas com eficácia similar.

²¹² (j) *INJUNCTIONS* - The following rules shall apply in the case of any application for an injunction under section 502 against a service provider that is not subject to monetary remedies under this section:

(1) *SCOPE OF RELIEF*.—(A) With respect to conduct other than that which qualifies for the limitation on remedies set forth in subsection (a), the court may grant injunctive relief with respect to a service provider only in one or more of the following forms:

(i) An order restraining the service provider from providing access to infringing material or activity residing at a particular online site on the provider's system or network.

(ii) An order restraining the service provider from providing access to a subscriber or account holder of the service provider's system or network who is engaging in infringing activity and is identified in the order, by terminating the accounts of the subscriber or account holder that are specified in the order.

(iii) Such other injunctive relief as the court may consider necessary to prevent or restrain infringement of copyrighted material specified in the order of the court at a particular online location, if such relief is the least burdensome to the service provider among the forms of relief comparably effective for that purpose.

(B) If the service provider qualifies for the limitation on remedies described in subsection (a), the court may only grant injunctive relief in one or both of the following forms:

(i) An order restraining the service provider from providing access to a subscriber or account holder of the service provider's system or network who is using the provider's service to engage in infringing activity and is identified in the order, by terminating the accounts of the subscriber or account holder that are specified in the order.

(ii) An order restraining the service provider from providing access, by taking reasonable steps specified in the order to block access, to a specific, identified, online location outside the United States.

(2) *CONSIDERATIONS*.—The court, in considering the relevant criteria for injunctive relief under applicable law, shall consider—

(A) whether such an injunction, either alone or in combination with other such injunctions issued against the same service provider under this subsection, would significantly burden either the provider or the operation of the provider's system or network;

(B) the magnitude of the harm likely to be suffered by the copyright owner in the digital network environment if steps are not taken to prevent or restrain the infringement;

(C) whether implementation of such an injunction would be technically feasible and effective, and would not interfere with access to noninfringing material at other online locations; and

(D) whether other less burdensome and comparably effective means of preventing or restraining access to the infringing material are available.

(3) *NOTICE AND EX PARTE ORDERS*.—Injunctive relief under this subsection shall be available only after notice to the service provider and an opportunity for the service provider to appear are provided, except for orders ensuring the preservation of evidence or other orders having no material adverse effect on the operation of the service provider's communications network.

²¹³ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, pp. 57-58.

O *Digital Millennium Copyright Act* determina, ainda, que mesmo que o provedor não seja isento de responsabilidade por previsão legal por não atender a algum dos requisitos, não necessariamente haverá a sua imediata responsabilização, podendo utilizar-se de outros mecanismos para se defender. Ressalta-se que as isenções de responsabilidade apenas se aplicam ao provedor de serviços enquanto este exercer a sua atividade típica²¹⁴.

Percebe-se que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça antes da promulgação do Marco Civil da Internet também foi influenciado nas legislações dos Estados Unidos da América e da Comunidade Europeia. Isto é o que se depreende, por exemplo, do Recurso Especial 1.192.208/MG, julgado em 27/03/2012.

Os Estados Unidos, por exemplo, alterou seu *Telecommunications Act*, por intermédio do *Communications Decency Act*, com uma disposição (47 U.S.C. § 230) que isenta provedores de serviços na Internet pela inclusão, em seu site, de informações encaminhadas por terceiros.

De forma semelhante, a Comunidade Europeia editou a Diretiva 2000/31, cujo art. 15, intitulado “ausência de obrigação geral de vigilância”, exime os provedores da responsabilidade de monitorar e controlar o conteúdo das informações de terceiros que venham a transmitir ou armazenar.

Contudo, essas normas não livram indiscriminadamente os provedores de responsabilidade pelo tráfego de informações em seus sites. Há, como contrapartida, o dever de, uma vez ciente da existência de mensagem de conteúdo ofensivo,

²¹⁴ (k) DEFINITIONS.—

(1) SERVICE PROVIDER.—(A) As used in subsection (a), the term ‘service provider’ means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user’s choosing, without modification to the content of the material as sent or received.

(B) As used in this section, other than subsection (a), the term ‘service provider’ means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A).

(2) MONETARY RELIEF.—As used in this section, the term ‘monetary relief’ means damages, costs, attorneys’ fees, and any other form of monetary payment.

(l) OTHER DEFENSES NOT AFFECTED.—The failure of a service provider’s conduct to qualify for limitation of liability under this section shall not bear adversely upon the consideration of a defense by the service provider that the service provider’s conduct is not infringing under this title or any other defense.

(...)

(n) CONSTRUCTION.—Subsections (a), (b), (c), and (d) describe separate and distinct functions for purposes of applying this section. Whether a service provider qualifies for the limitation on liability in any one of those subsections shall be based solely on the criteria in that subsection, and shall not affect a determination of whether that service provider qualifies for the limitations on liability under any other such subsection.

retirá-la imediatamente do ar, sob pena, aí sim, de responsabilização.²¹⁵

A influência das legislações dos Estados Unidos da América e da União Europeia é evidente tanto no panorama anterior a promulgação do Marco Civil da Internet, conforme demonstrado, como também influenciou na mudança de posicionamento que norteou a legislação nacional sobre o tema, conforme se verá.

5.2.2 Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet e a jurisprudência antes do Marco Civil da Internet

Antes do Marco Civil da Internet, não havia legislação específica sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet, o que levou a diversas discussões no âmbito jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, principalmente no cerne dos provedores de conteúdo.

Discussões que envolvem danos decorrentes do mau uso destes provedores há tempos têm tomado lugar de destaque no cotidiano dos Tribunais. Casos que envolvem *bullying*, *revenge porn*, injúria, difamação, entre outros são comuns e cada vez mais noticiados, razão pela qual se faz necessária a análise sobre a responsabilização civil dos provedores de aplicações de internet, principalmente quando o conteúdo decorre de ato ilícito de terceiro, pois houve mudanças significativas com a promulgação do Marco Civil da Internet.

Na doutrina, inclusive, há quem defenda que a responsabilidade dos provedores de conteúdo deveria ser objetiva (tese da responsabilidade objetiva), sob o argumento de que os usuários teriam dificuldade em localizar os efetivos responsáveis pelos atos ilícitos. Isso decorreria da utilização de perfis falsos (“*fakes*”) para praticar um ilícito virtual. Outro argumento é o de que os usuários que praticam ilícitos na internet poderiam não ter recursos suficientes para reparar os danos causados, diferentemente do que ocorre com

²¹⁵ Brasil, STJ, REsp 1.192.208/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 27/03/2012.

os provedores de internet, que, em sua maioria, possuem grande valor econômico e poderiam arcar com a indenização²¹⁶.

Os provedores de aplicações de internet são organizações, em sua maioria, que visam ao lucro e não se justificaria, para parte da doutrina, o tratamento desigual em face do princípio da isonomia. Não haveria lógica a imunidade à responsabilização objetiva.

Aliás, há na jurisprudência anterior a promulgação do Marco Civil da Internet julgados aplicando o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, entendendo que a atividade normalmente desenvolvida pelos provedores de conteúdo seria de risco, o que ensejaria a responsabilização objetiva, sendo irrelevante o fato de o conteúdo ter sido postado por terceiro²¹⁷. Assim, para a exclusão da responsabilidade civil do provedor de conteúdo por ausência de nexo de causalidade, deveria haver comprovação não somente de que o conteúdo ilícito se deu por terceiro, mas também a sua identificação, sob pena de responder pelo eventual anonimato deste, compensando o dano sofrido²¹⁸.

Claudio Luiz Bueno de Godoy²¹⁹, citando Ricardo Lorenzetti, é um dos defensores desse posicionamento, trazendo um paralelo com os provedores de informação e a atividade de imprensa para embasar seu posicionamento:

Sendo comum a equiparação da atuação dos provedores de informação com a atividade de imprensa, ressalva Ricardo Lorenzetti que tal analogia deve ser vista de modo relativo, mas justamente porque, a seu ver, subjetiva a responsabilidade do jornalista que, pela sua profissão, desfruta de proteção mais extensa, ao contrário de quem se expressa na rede, sem a mesma responsabilidade profissional, a mesma identificação funcional e que pode propagar mensagens da mais variada espécie, não só notícias, por isso sujeito a uma responsabilização civil mais grave. Ou seja, uma

²¹⁶ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 74.

²¹⁷ Neste sentido: Brasil, TJ-RJ, AC 2008.001.18270, Rel. Desembargador Benedicto Abicair, Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível, julgado em 11/06/2008; Brasil, TJ-RJ, AC 0006047-50.2009.8.19.0040, Rel. Desembargador Benedicto Abicair, Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível, julgado em 01/12/2009.

²¹⁸ Neste sentido: Brasil, TJ-SP, AI 381.078-4/0-00, Rel. Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Privado, julgado em 07/04/2005; Brasil, TJ-RJ, AC 0004584-91.2008.8.19.0207, Rel. Desembargador Alexandre Freitas Câmara, Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível, julgado em 22/02/2010.

²¹⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149-150.

responsabilidade objetiva, da mesma forma que, para a atividade de imprensa, se defendeu, no item anterior, e por haver um risco especialmente induzido. Por isso é que, entende-se, para as mensagens veiculadas pelos provedores de conteúdo, a analogia, que, como se disse, costumeiramente é lembrada, afigura-se pertinente.

(...)

Enfim, mais um caso de operatividade, de concreta fixação de um conteúdo para a cláusula geral de responsabilidade sem culpa do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002.”

Giovanni Maria Ricci²²⁰ argumenta, entretanto, que, caso fosse imputada a responsabilidade objetiva pelos danos sofridos pelos usuários, os provedores sofreriam enormes prejuízos e os custos destes riscos seriam fatalmente repassados aos usuários que, muito provavelmente, pagariam preços mais caros pelos serviços usufruídos, podendo, inclusive, inviabilizar a internet como ferramenta de comunicação e transmissão de informação.

Em diversas ocasiões, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou o debate sobre quais princípios constitucionais deveriam prevalecer em uma eventual violação decorrente de conteúdo ilícito, utilizando-se da ponderação de princípios constitucionais para solucionar a questão. O debate, na maioria das vezes, girou em torno dos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão.

Visando proteger os usuários de conteúdos ilícitos violadores da dignidade da pessoa humana, o Superior Tribunal de Justiça entendia, antes do Marco Civil da Internet, que caso ocorresse a notificação extrajudicial do provedor de conteúdo para retirada de qualquer informação que entendesse ilícita, o atendimento deveria ocorrer em 24 horas, até que tivesse tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações²²¹.

Este posicionamento decorre do Direito Americano, mais especificamente da *DMCA – Digital Millennium Copyright Act* (Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital), que introduziu o procedimento denominado *notice and take down*, que consiste, basicamente, em um mecanismo de retirada (*take down*), pelo provedor de internet, de conteúdos que violem direitos

²²⁰ RICCIO, Giovanni Maria. *La responsabilità civile degli internet providers*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, pp. 38-39.

²²¹ Brasil, STJ, REsp 1.337.990/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 21/08/2014.

autorais, a partir da notificação (*notice*) da parte interessada ou em cumprimento à ordem judicial²²².

A ministra Nancy Andrigui, no mesmo sentido, sustentou antes da promulgação do Marco Civil da Internet que, depois de notificado pelo ofendido extrajudicialmente de conteúdo ilícito, o provedor de conteúdo, caso não retirasse o material do ar em 24 horas, responderia solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da sua omissão (*culpa in omittendo*).

Tal fato demonstra que o Superior Tribunal de Justiça adotou antes do Marco Civil da Internet a tese da responsabilidade subjetiva dos provedores de conteúdo por ilícito decorrente de terceiros, rechaçando a tese da responsabilidade objetiva do provedor de conteúdo²²³, sob o argumento de que a atividade dos provedores de aplicações não conteria risco extraordinário que fizesse com que fosse possível aplicar a cláusula geral presente no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, bem como não se poderia afirmar que o serviço é defeituoso quando a plataforma fosse utilizada para violar direitos alheios e, ademais, não seria atividade intrínseca dos provedores de aplicações de internet o prévio monitoramento das informações e conteúdos disponibilizados em suas plataformas e serviços.

Para Nancy Andrigui, o provedor de conteúdo não estaria obrigado a analisar o teor da denúncia recebida no referido prazo de 24 horas, devendo apenas promover a suspensão preventiva das páginas, podendo checar a veracidade das alegações em momento futuro e caso entendesse oportuno e, se eventualmente constatasse que eram infundadas as alegações, restabelecer-se-ia o livre acesso ao conteúdo²²⁴.

Vale ressaltar que alguns ministros do Superior Tribunal de Justiça se manifestaram na época no sentido de que o prazo de 24 horas seria

²²² Cabe ressaltar que os requisitos para ser considerada válida a notificação no *notice and take down* dado pelo Direito norte-americano no *Digital Millennium Copyright Act* e os requisitos exigidos pela jurisprudência anterior ao Marco Civil da Internet no Brasil são distintos. Percebe-se que o Brasil exigia menos burocracia do que o sistema norte-americano quanto à notificação para que a notificação fosse considerada válida.

²²³ Neste sentido: Brasil, STJ, REsp 1.403.749/GO, Rel. Ministra Nancy Andrigui, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 22/10/2013; Brasil, STJ, REsp 1.308.830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrigui, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 08/05/2012.

²²⁴ Brasil, STJ, REsp 1.323.754/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrigui, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 19/06/2012.

insuficiente para a retirada do conteúdo²²⁵. O ministro Raul Araújo, por exemplo, entendeu que apenas os pequenos empresários teriam capacidade de cumprir o prazo de 24 horas. Sugeriu, ainda, que deveria haver o prazo máximo de 5 (cinco) dias para o cumprimento da medida. A justificativa utilizada foi que “as empresas privadas têm uma hierarquia muito reverencial, quer dizer, a pessoa, o empregado que está ali, na base, para chegar lá no topo, deve percorrer uma série de escalas, de reverências e de medo de perder o emprego. Até chegar àquele topo demora um determinado tempo”.

Por sua vez, a Ministra Maria Isabel Gallotti, posicionou-se no sentido de que o prazo para cumprimento de retirada de conteúdo ilícito dependeria do caso concreto por critérios como a gravidade da ofensa e o prejuízo à vítima, votando no sentido de que considerando as dificuldades técnicas para a exclusão de conteúdos bem como não sendo grave o prejuízo a vítima, deveria ser conferido o prazo de 72 horas para que o provedor de internet cumprisse as providências necessárias para a exclusão de cada URL (*Universal Resource Locator*).

No entanto, estes tiveram seus votos vencidos no Recurso Especial 1.306.157/SP, de relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, julgado em 17/12/2013. O entendimento vencedor foi que o prazo de 24 horas era o mais razoável.

A doutrina menciona que os provedores de aplicações deveriam ser responsabilizados tanto nos casos em que o provedor se omite em responder à notificação da vítima como no caso de respondê-la afirmando que não há motivos para retirar o conteúdo do ar²²⁶.

Os ilícitos virtuais possuem uma velocidade de propagação muito célere na internet, correndo o risco de se tornarem virais rapidamente e impossibilitando a sua retirada em definitivo do ambiente virtual. Devido a isto, não restam dúvidas de que a notificação extrajudicial do provedor de conteúdo se mostra mais eficaz, pois visa diminuir os eventuais danos futuros decorrentes de conteúdos ilícitos disponibilizados na internet.

²²⁵ Brasil, STJ, REsp 1.306.157/SP, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, julgado em 17/12/2013.

²²⁶ Neste sentido: SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Ed., 2016, p. 81.

A criação de um canal para denúncias dos usuários de conteúdos ilícitos dentro das plataformas dos provedores de conteúdo é uma prática comum e que denota uma postura esperada e adequada por este tipo de prestador de serviço. O Superior Tribunal de Justiça também se manifestou acerca da importância desta ferramenta nos ilícitos decorrentes de conteúdo de terceiro no âmbito virtual, elencando que a mera disponibilização deste tipo de serviço não seria suficiente, sendo importante que o provedor de fato tomasse providências no sentido de identificar o usuário que gerou o conteúdo ilícito, apurando e resolvendo as reclamações formuladas através deste canal, pois caso contrário estar-se-ia criando apenas uma falsa sensação de controle e segurança²²⁷.

A propósito, a jurisprudência do Tribunal em tela advertiu que “o provedor criou um ‘monstro indomável’, é apenas a ele que devem ser imputadas eventuais consequências desastrosas geradas pela ausência de controle dos usuários de sua rede social, os quais inegavelmente fomentam o lucro da empresa”²²⁸.

Havia discussão também sobre a necessidade de o usuário informar a identificação exata do conteúdo reputado ilegal ou ofensivo. O entendimento que prevalecia antes da promulgação do Marco Civil da Internet era o de que o pedido deveria ser certo e determinado, ou seja, a notificação extrajudicial feita pelo usuário não poderia ser de conteúdo genérico e indeterminado, devendo vir acompanhada de dados que possibilitassem a identificação pontual do conteúdo, entendendo, assim, que o usuário deveria informar o URL (*Universal Resource Locator*) do conteúdo reportado ilícito²²⁹, muito embora houvesse julgados no sentido de que o provedor de aplicações de internet deveria retirar conteúdos difamantes veiculados por terceiros independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas que foram veiculadas as ofensas²³⁰.

²²⁷ Brasil, STJ, REsp 1.308.830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 08/05/2012.

²²⁸ Brasil, STJ, REsp 1.175.675/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, julgado em 09/08/2011.

²²⁹ Brasil, STJ, REsp 1.396.417/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 25/11/2013.

²³⁰ Neste sentido: Brasil, STJ, REsp 1.175.675/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, julgado em 09/08/2011; Brasil, STJ, REsp 1.306.157/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, julgado em 17/12/2013.

De fato, é compreensível que para que o provedor cumprisse ordem de retirar do ar determinado conteúdo deveria ser informado o URL, o que prevaleceu na própria legislação do Marco Civil da Internet, conforme se verá. Entretanto, deve-se fazer uma ressalva, no sentido de que, muitas vezes, ele pode estar veiculado em inúmeras páginas ou, até mesmo, em comunidades privadas de redes sociais, às quais a vítima pode não ter acesso, o que dificultaria (ou até mesmo impossibilitaria) a indicação do URL de forma precisa por sua parte.

O Superior Tribunal de Justiça argumenta que não haveria como incumbir às máquinas o papel de determinar se o conteúdo possui ou não conteúdo ilícito ou ofensivo a determinada pessoa e que sequer a imposição de parâmetros objetivos para a localização de determinados conteúdos seria eficaz. Diariamente são criados inúmeros perfis e publicados milhares de *posts* nas redes sociais e mesmo que houvesse critérios objetivos para se filtrar o conteúdo, os usuários poderiam utilizar termos ou expressões semelhantes ou equivalentes bem como poderia ocorrer o bloqueio indevido de outros *posts* com conteúdos lícitos²³¹.

Ademais, segundo o Superior Tribunal de Justiça, a verificação de ofício do conteúdo postado por cada usuário não constituiria uma atividade intrínseca ao serviço prestado por eles, de modo que não se poderia reputar como defeituoso, nos termos do Código de Defesa do Consumidor²³².

A doutrina, por sua vez, argumentava que ao incumbir aos provedores de aplicações a retirada de conteúdo mediante notificação extrajudicial, haveria um alto empoderamento deste, vez que ficaria a seu cargo a decisão sobre a permanência ou não online do conteúdo. Mencionava, ainda, que poderia haver risco de diminuição do grau de inovação da internet que poderia ser causado pelo aumento na insegurança jurídica daqueles que atuam neste ambiente.

A promulgação do Marco Civil da Internet também trouxe discussões no que tange à responsabilização dos provedores de aplicações de internet e o prazo de armazenamento de dados. Para a responsabilização e identificação

²³¹ Neste sentido: Brasil, STJ, REsp 1.308.830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 08/05/2012.

²³² Brasil, STJ, REsp 1.403.749/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 22/10/2013.

de eventuais danos causados por terceiros na internet, é imprescindível que os provedores preservem e forneçam os registros eletrônicos utilizados na prática ilícita.

Antes do Marco Civil da Internet, não havia regulamentação específica sobre o assunto, o que não impediu o Superior Tribunal de Justiça de firmar entendimento de que os provedores de conteúdo deveriam armazenar tais registros por 3 (três) anos, em consonância com o Código Civil de 2002, que em seu art. 206, §3º, V estipula o referido período como prazo prescricional para as ações de reparação civil²³³.

Com o advento da Lei n. 12.965/14, diversas mudanças ocorreram quanto à responsabilidade dos provedores de aplicações de internet, o qual se verá no próximo tópico. Ressalta-se, entretanto, que na jurisprudência atual tem-se prevaletido em diversos julgados a posição do Superior Tribunal de Justiça anterior a promulgação do Marco Civil da Internet, sob o argumento de que este não se aplica a fatos pretéritos, porquanto lei ulterior não pode violar direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada²³⁴.

Em outras palavras, deve-se levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo (momento em que foram publicados os conteúdos infringentes). Caso tenha ocorrido antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser aplicada a jurisprudência da Corte.

Entretanto, se o ato lesivo ocorreu após a entrada em vigor da Lei n. 12.965/14, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor de aplicação dependerá da espécie de privacidade protegida. Caso o assunto verse sobre privacidade ordinária, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, o termo inicial será o momento da notificação judicial que ordena a retirada do conteúdo da internet. Por outro lado, caso se trate de violação a privacidade qualificada, por força do art. 21 do Marco Civil da Internet o termo inicial será o momento da notificação extrajudicial com a identificação específica do material violador.

²³³ Brasil, STJ, REsp 1.398.985/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 19/11/2013.

²³⁴ Neste sentido: Brasil, STJ, AgRg no REsp 1.384.340/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 05/05/2015; Brasil, STJ, AREsp 982.469/RJ, Rel. Ministro Paulo Marco Aurélio Bellizze, julgado em 26/09/2016; Brasil, STJ, REsp 1.642.997/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 12/09/2017.

5.2.3 Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet após o Marco Civil da Internet e análise da tendência dos Tribunais

O Marco Civil da Internet, ao invés de consagrar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial anterior a sua promulgação, optou por outro caminho no que tange à responsabilização dos provedores de aplicações de internet, principalmente no cerne do conteúdo ilícito postado por terceiros, que sofreu maiores modificações.

Tais mudanças não se mostram espontâneas e ao acaso. Ao analisar o Marco Civil da Internet, percebe-se que o legislador buscou proteger a liberdade de expressão e isto fica evidente ao longo de todo o texto normativo. O art. 2º, *caput*, por exemplo, estipula que a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, enquanto o art. 3º elenca a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento como um dos princípios que a regem.

Com base nisto, o legislador tratou da privacidade ordinária no art. 19, da Lei n. 12.965/14, que, em seu *caput*, preconiza que o provedor de aplicações de internet somente será responsabilizado civilmente por danos advindos de conteúdo gerado por terceiros após ordem judicial específica determinando a retirada deste e caso não a cumprisse no prazo assinalado, contrariando anterior posicionamento jurisprudencial de que esta notificação poderia ocorrer de forma extrajudicial.

Portanto, não se adotou o sistema do *notice and take down* como regra no Marco Civil da Internet. O art. 19 estabelece como regra geral o sistema conhecido como *judicial notice and take down*, que nada mais é do que o dever de haver uma prévia notificação judicial para que, então, o conteúdo reportado ilícito seja retirado do ar pelo provedor de internet²³⁵.

²³⁵ O foco do legislador em proteger a liberdade de expressão na internet fica claro ao analisar o Projeto de Lei n. 8.612/2017. Esse Projeto de Lei buscou fazer uma reforma eleitoral no país e pretendia incluir na Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições) o §6º, do art. 56-B, que teria a seguinte redação:

Esta mudança pode parecer irrelevante, mas de fato não é. Enquanto parte da doutrina a defende, como é o caso de Marcel Leonardi em entrevista concedida na época da promulgação da Lei²³⁶, outra parte critica veementemente, como é o caso de Cíntia Rosa Pereira de Lima²³⁷, argumentando que poderia ser inconstitucional por não tratar a todos com isonomia, no sentido de que a importância de conteúdo muda de pessoa para pessoa, bem como haveria uma supressão de direitos consolidados dos usuários.

Nas palavras de Cíntia Rosa Pereira de Lima²³⁸:

(...) a tendência é pela não prevalência deste dispositivo por ser passível de inconstitucionalidade na medida em que a defesa do consumidor tem status passível de inconstitucionalidade na medida em que a defesa do consumidor tem status constitucional e o art. 19 do Marco Civil da Internet contraria o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

No mesmo sentido, Anderson Schreiber²³⁹ traz mais argumentos quanto à inconstitucionalidade do art. 19, do Marco Civil da Internet, elencando

Art. 57-B, §6º, Lei n. 9.504/97 - A denúncia de discurso de ódio, disseminação de informações falsas ou ofensa em desfavor de partido ou candidato, feita pelo usuário de aplicativo ou rede social na internet, por meio do canal disponibilizado para esse fim no próprio provedor, implicará suspensão, em no máximo vinte e quatro horas, da publicação denunciada até que o provedor certifique-se da identificação pessoal do usuário que a publicou, sem fornecimento de qualquer dado do denunciado ao denunciante, salvo por ordem judicial.

Após diversas pressões da sociedade, que viram neste artigo censura à liberdade de expressão, o Presidente da República vetou este dispositivo. Tal fato demonstra que a liberdade de expressão tem norteado a sociedade e a internet no Brasil e mostra o motivo da opção legislativa adotada no Marco Civil da Internet quanto à responsabilização civil dos provedores de internet.

²³⁶ Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/04/15/especialistas-apontam-pontos-falhos-no-marco-civil-em-audiencia-no-senado.htm>>. Acesso em: 20/07/2015.

²³⁷ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, pp. 172-173 jan./dez. 2015.

²³⁸ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, p. 173 jan./dez. 2015.

²³⁹ SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*. In: Direito & Internet III – Tomo II:

que além de afrontar o art. 5º, X, da Constituição Federal²⁴⁰, também violaria o inciso XXXV, do art. 5º²⁴¹, vez que a garantia de acesso ao Judiciário consiste em direito da vítima, nunca um dever. Nas palavras dele:

O art. 19 da Lei 12.965 viola, portanto, o art. 5º, X, da Constituição brasileira, o que já bastaria para concluir pela sua inconstitucionalidade. Pode-se, todavia, acrescentar a esse fundamento outros que corroboram a divergência entre o art. 19 do Marco Civil da Internet e o tecido constitucional. Por exemplo, a exigência de prévio ajuizamento de ação judicial e emissão de ordem judicial específica como requisitos para a responsabilização afrontam, de certo modo, também o inciso XXXV do art. 5º, na medida em que a garantia de acesso ao Judiciário, em leitura substancial, consiste em direito da vítima, nunca em dever. Ao impor o recurso ao Judiciário como condição imprescindível à reparação do dano sofrido, o art. 19 da Lei n. 12.965 deturpa o sentido do art. 5º, XXXV, afrontando-o em sua dimensão substancial.

Marcel Leonardi²⁴², em análise ao então projeto de Lei do Marco Civil da Internet, ressaltou que o art. 19, do Marco Civil da Internet “não diz que remoção de conteúdo somente pode ocorrer por força de ordem judicial. O artigo trata de responsabilidade civil, e não de remoção forçada de conteúdo. Ou seja: o artigo esclarece que o provedor pode ser responsabilizado em caso de descumprimento de ordem judicial de remoção forçada de conteúdo, mas não diz – nem poderia dizer – que qualquer remoção de conteúdo somente pode ocorrer por ordem judicial”.

Com a devida vênia, existe uma nítida diferença entre “dever” e “poder”. Antes do Marco Civil da Internet, o provedor *deveria* retirar o conteúdo se notificado extrajudicialmente sob pena de ser responsabilizado solidariamente. Com o advento do Marco Civil da Internet, o provedor *pode* retirar o conteúdo se notificado extrajudicialmente, sem que haja qualquer responsabilização caso não o faça.

Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. pp. 293-294.

²⁴⁰ Art. 5º, X, CF – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

²⁴¹ Art. 5º, XXXV, CF – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁴² LEONARDI, Marcel. *Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet*. Revista do Advogado, ano XXXII, n. 115, p. 108-109, abr. 2012.

Não há razão para crer que os provedores de conteúdo se equipararão suficientemente e exercerão uma conduta ativa em relação aos conteúdos potencialmente lesivos sem que haja imposição para tal, ou seja, provavelmente estes provedores não retirarão conteúdos sem ordem judicial específica (exceto em casos nitidamente ofensivos e que podem gerar consequências prejudiciais a eles como, por exemplo, fotos com conteúdo de nudez).

Há exceção prevista no art. 21, que estipula que no caso de violação à privacidade qualificada, ou seja, caso o conteúdo ilícito seja de nudez ou atos sexuais privados publicados sem consentimento, o provedor de conteúdo deverá removê-lo mediante notificação extrajudicial feita pelo participante ou seu representante legal, sob pena de responder subsidiariamente no caso de descumprimento. A inclusão deste dispositivo no ordenamento ocorreu devido ao aumento do denominado *revenge porn* (“pornografia de vingança”).

Por mais que o art. 21 pareça que tenha adotado o posicionamento jurisprudencial anterior ao Marco Civil da Internet, de fato não o fez, pois há uma mudança significativa no que se refere ao modo como o provedor será responsabilizado em caso de descumprimento da notificação extrajudicial.

Como já exposto em momento oportuno, antes da promulgação da Lei n. 12.965/14, no caso de conteúdo de nudez, se o provedor de conteúdo descumprisse a notificação extrajudicial, deveria ser responsabilizado solidariamente com o autor do ilícito. Agora, entretanto, caso descumpra a notificação feita pelo participante ou seu representante legal, será apenas subsidiariamente responsabilizado.

A ideia central para a não adoção do posicionamento jurisprudencial anterior quanto à responsabilidade civil dos provedores, segundo a doutrina, é priorizar a liberdade de expressão, pois a análise judicial para a remoção do conteúdo evitaria que muitas manifestações relevantes fossem removidas sem razão jurídica²⁴³. Isto fica ainda mais evidente quando se analisa o §2º do art. 19²⁴⁴.

²⁴³ LEONARDI, Marcel. *Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet*. Revista do Advogado, ano XXXII, n. 115, p. 99-113, abr. 2012. p. 111.

²⁴⁴ Para Anderson Schreiber, “a inconstitucionalidade do art. 19 é demonstrada no próprio dispositivo legal. Nas palavras dele, “o §2º do art. 19 cria uma exceção à regra do *caput*, determinando que a aplicação da norma de proteção dos provedores – que determina a

Art. 19, §2º, Lei n. 12.965/14 - A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

A importância dada à liberdade de expressão, principalmente no ambiente virtual, é uma tendência mundial. Tanto é que, em 2015, diversas entidades da sociedade civil organizada, após longas discussões, editaram os chamados “Princípios de Manila sobre a Responsabilidade dos Intermediários”, nos quais se percebe a nítida intenção de isentar os provedores de internet por conteúdos produzidos por terceiros²⁴⁵.

Ademais, tanto a notificação judicial do art. 19 quanto à notificação extrajudicial do art. 21 devem conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente (art. 19, §1º e art. 21, parágrafo único). Percebe-se que o Marco Civil da Internet não traz expressamente que seria necessário que o usuário informasse o URL (*Universal Resource Locator*) do conteúdo reportado ilícito, mas subentende-se

limitação da sua responsabilidade civil aos casos de descumprimento de ordem judicial específica – não se aplica às infrações de direitos autorais ou conexos, hipótese que fica a depender de ‘previsão legal específica’. SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*. In: *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 294.

²⁴⁵ Dentre os “Princípios de Manila Sobre a Responsabilidade dos Intermediários” destaca-se o primeiro deles, que versa sobre a responsabilização dos provedores por conteúdos produzidos por terceiros:

- I. Os intermediários devem ser protegidos por lei da responsabilização por conteúdos produzidos por terceiros
 - a. Quaisquer regras que disponham sobre a responsabilidade dos intermediários devem ser previstas em leis que sejam precisas, claras e acessíveis.
 - b. Os intermediários devem ser imunes de responsabilização por conteúdos de terceiros sempre que não tenham realizado quaisquer modificações.
 - c. Os intermediários não devem ser responsabilizados por não restringir conteúdos legais.
 - d. Os intermediários nunca devem ser estritamente responsabilizados por hospedar conteúdos ilegais de terceiros, nem deve ser obrigados a monitorar conteúdos de maneira proativa como parte de um regime de responsabilidade de intermediários.

In: Princípios de Manila sobre responsabilidade dos intermediários. Disponível em: <https://www.eff.org/files/2015/07/02/manila_principles_1.0_pt.pdf>. Acesso em: 11/09/2017.

que o mesmo deve ocorrer, assim como era o entendimento anterior a sua promulgação²⁴⁶, sendo esta a identificação clara e específica de que trata a Lei²⁴⁷.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, após a promulgação do Marco Civil da Internet, se manifestou, elencando que “a necessidade de indicação do localizador URL não é apenas uma garantia aos provedores de aplicações, como forma de reduzir eventuais questões relacionadas à liberdade de expressão, mas também é um critério seguro para verificar o cumprimento das decisões judiciais que determinarem a remoção de conteúdo na internet”²⁴⁸.

Aliás, a indicação clara e específica do conteúdo reportado infringente na ordem que determina a sua retirada esta elencada nos “Princípios de Manila sobre a Responsabilidade dos Intermediários”, demonstrando as preocupações da sociedade civil em relação ao tema²⁴⁹.

²⁴⁶ Neste sentido: Brasil, STJ, REsp 1.308.830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 08/05/2012.

²⁴⁷ O grande problema envolvendo esta identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente é que o usuário não detém capacidade técnica e estrutural para investigar e analisar todo o conteúdo ilícito colocado na rede. No âmbito do *cyberbullying*, por exemplo, normalmente os usuários se escondem atrás de perfis falsos (“fakes”) para dificultar sua identificação e eventual responsabilização, tornando-se praticamente impossível que os usuários consigam determinar o URL de todos os conteúdos tidos como ilícitos e dificultando, inclusive, a identificação de quem postou o conteúdo. Neste sentido, vide também: FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *O cyberbullying e o papel dos provedores de internet*. In: XXV Congresso do CONPEDI, 2017, Curitiba. Direito, governança e novas tecnologias I. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2017, p. 81-99.

²⁴⁸ Brasil, STJ, REsp 1.629.255/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 22/08/2017.

²⁴⁹

(...)

b. Ordens para a restrição de conteúdos devem:

1. Incluir uma determinação de que o conteúdo é ilegal na jurisdição em questão;
2. Indicar o identificador de Internet e uma descrição do conteúdo ilegal;
3. Fornecer evidências suficientes para documentar a base legal da ordem;
4. Quando aplicável, indicar o período de tempo no qual o conteúdo deve ser restringido.

c. Qualquer responsabilidade imposta a um intermediário deve ser proporcional e correlativa diretamente ao comportamento nocivo do intermediário ao não cumprir, de maneira apropriada, a ordem de restrição do conteúdo.

d. Os intermediários não devem ser responsabilizados pelo não cumprimento de qualquer ordem que não obedeça a este princípio.

Outra crítica plausível de se adotar o *judicial notice and take down* como regra no Marco Civil da Internet é que geralmente os conflitos envolvendo conteúdos ilícitos postados por terceiros eram resolvidos extrajudicialmente e de forma célere. Com esta mudança, entretanto, poderá haver, muito provavelmente, uma sobrecarga do já sobrecarregado Poder Judiciário. Além disso, os usuários serão prejudicados em tempo e dinheiro, vez que terão que buscar a justiça para fatos que antes eram resolvidos extrajudicialmente²⁵⁰.

Como sabido, o conteúdo em meio virtual possui rápida velocidade de propagação, se disseminando pelo ambiente virtual e dificultando, com o decorrer do tempo, que se identifique e o retire da rede. Ao ter que esperar uma ordem judicial para que então o conteúdo ilícito seja retirado da *web*, o usuário poderá ter o seu dano ainda mais agravado, ficando praticamente impossível a volta ao *status quo anterior*²⁵¹.

Preocupados com a velocidade de propagação dos conteúdos disponíveis na internet, em 2017, após a popularização de um desafio online que incentivava os praticantes a cometerem suicídio, o chamado “Desafio da Baleia Azul” em português (ou *Siniy Kit* como é conhecido em russo ou *Blue Whale*, em inglês), a Câmara dos Deputados editou o Projeto de Lei n. 6.989, que visa alterar o Marco Civil da Internet e permitir ao usuário de internet, ou a seu representante legal, a apresentação de notificação direta (extrajudicial) aos provedores de aplicações de internet, para que procedam à imediata retirada

²⁵⁰ Não há como negar que a necessidade de notificação judicial dos provedores de internet para a retirada de eventuais conteúdos ilícitos postados por terceiros é uma tendência que tem norteado muitas legislações mundo afora. Neste sentido, inclusive, é o que prega os “Princípios de Manila Sobre Responsabilidade dos Intermediários”, editado por entidades da sociedade civil organizada em 2015:

- II. Não se deve solicitar a remoção de conteúdos sem a ordem de uma autoridade judicial
 - a. Os intermediários não devem ser obrigados a restringir conteúdos a menos que uma ordem determinando que o material em questão é ilegal tenha sido emitida por uma autoridade judicial independente e imparcial. (...)

In: Princípios de Manila sobre responsabilidade dos intermediários. Disponível em: <https://www.eff.org/files/2015/07/02/manila_principles_1.0_pt.pdf>. Acesso em: 11/09/2017.

²⁵¹ Rony Vainzof propõe que os provedores de aplicações de internet deveriam ter a obrigação de manter mecanismos de solução adequadas/alternativas de conflitos entre seus usuários, objetivando facilitar a solução dos conflitos e diminuir a busca pelo Poder Judiciário para solucioná-los. VAINZOF, Rony. São Paulo, 2016. Curso “Soluções alternativas de conflitos na internet” ministrado na Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) em 17/11/2016.

ou indisponibilidade de conteúdos, imagens, vídeos ou outros materiais que induzam, instiguem ou auxiliem a suicídio.

O próprio Projeto menciona a utilização da regra constante no art. 21, do Marco Civil da Internet, que prevê situações nas quais os conteúdos devem ser retirados ou tornados indisponíveis de forma mais célere a fim de se evitar maiores consequências.

O argumento utilizado para que não se utilizasse a regra relacionada à proteção da privacidade ordinária do art. 19, do Marco Civil da Internet, é justamente que essa seria imprópria e insuficiente para os conteúdos que induzam ao suicídio, vez que o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências necessárias para a retirada do conteúdo infringente. Ademais, a própria justificação do Projeto de Lei expressa esse posicionamento:

Entendemos que essa metodologia não deveria ser aplicada para materiais que induzam ao suicídio, pois a pessoa fragilizada, muito provavelmente, não irá acionar a justiça em caso de um conteúdo a assediar para acometer um suicídio. Ademais, o fator tempo é crucial. Assim, entendemos que qualquer pessoa que tomar conhecimento de conteúdos apologéticos ao suicídio deve poder comunicar diretamente ao provedor da aplicação, solicitando sua retirada. Cremos que essa metodologia, tal como a utilizada no próprio Marco Civil da Internet, no artigo 21, para o caso de conteúdos de natureza sexual explícita, é uma exceção relevante e que deve estar prevista na Lei²⁵².

Percebe-se, assim, que, caso venha a ser aprovado, o Projeto de Lei n. 6.989/17 incluirá mais uma possibilidade de notificação extrajudicial para retirada de conteúdo ilícito na internet, objetivando a proteção à vida e integridade física dos usuários, coibindo a prática de induzimento, instigação e auxílio a suicídio no âmbito virtual.

Outro Projeto de Lei relevante que tramita no Congresso Nacional é o de n. 5.203 de 2016. Este Projeto de Lei busca incluir o art. 20-A no Marco

252

Disponível

em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4B8DFA19562804AB9B2D4175D2284AEC.proposicoesWebExterno2?codteor=1527310&filename=PL+6989/2017>. Acesso em: 25/09/2017.

Civil da Internet. A proposta de redação menciona, resumidamente, que o provedor de aplicação deverá indisponibilizar, no prazo de 48 horas após o recebimento de notificação pelo interessado ou representante legal, conteúdo infringente idêntico ao objeto de ordem judicial anterior, elencando expressamente que o provedor não poderá ser responsabilizado pelas consequências da eventual falta de correspondência entre os conteúdos²⁵³.

Ao analisar o Projeto de Lei n. 5.203/16, percebe-se que o legislador enfim notou que o conteúdo ilícito disponibilizado na internet tem capacidade de difusão muito rápida e as consequências podem ser desastrosas e irreparáveis. Tanto é que o próprio relatório da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática menciona que o usuário seria prejudicado caso fosse necessário buscar o judiciário por todo e qualquer ilícito virtual infringente. Nas palavras do relator²⁵⁴:

Ocorre que a internet, conhecida como uma “máquina de cópia perfeita”, pode simplesmente reproduzir o conteúdo infringente repetidamente. Com a redação atual do Marco Civil da Internet o prejudicado teria de procurar uma nova decisão judicial a cada vez que o mesmo conteúdo infringente fosse postado novamente na rede. O acesso à justiça geraria custo para o indivíduo que tem seu conteúdo divulgado ilicitamente na internet e, ao mesmo tempo, oneraria indevidamente o sistema judicial brasileiro.

Portanto, pelo exposto, entendemos correta a ideia da presente iniciativa de dispensar a necessidade de nova ordem judicial para tornar indisponível cópia idêntica de conteúdo já reconhecido como infringente pela justiça. (...)

²⁵³ Art. 20-A - O provedor de aplicação deverá indisponibilizar, no âmbito e nos limites técnicos dos seus serviços, no prazo de 48 horas após o recebimento de notificação pelo interessado ou representante legal, conteúdo infringente idêntico ao objeto de ordem judicial anterior, hipótese na qual não poderá ser responsabilizado pelas consequências da eventual falta de correspondência entre os conteúdos.

§1º A remoção de conteúdo prevista no caput dependerá de notificação que deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como infringente, a conferência da validade da ordem judicial em questão e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

§2º Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere este artigo, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicá-lo os motivos e informações relativos à sua indisponibilização, possibilitando que ingresse em juízo para assegurar o seu direito à liberdade de expressão e a responsabilização por abuso de direito ou pelo dano causado por retirada decorrente de notificação indevida.

²⁵⁴ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=BAF3ECE551F4ED342517BDD48FD512DC.proposicoesWebExterno1?codteor=1612017&filename=Parecer-CCTCI-19-10-2017>. Acesso em: 31/10/2017.

Percebe-se, ainda, uma clara insuficiência do *judicial notice and take down* no âmbito do Direito Eleitoral, principalmente no cerne das *fake news* (ou notícias falsas, em português). As *fake news* são informações falsas que são compartilhadas na internet como se fossem verdadeiras, principalmente através das redes sociais. Geralmente, o objetivo de uma *fake news* é criar uma polêmica em torno de uma situação ou pessoa, a fim de atingir a sua imagem.

Em período de eleição, as *fake news* ganham particular relevância, e evidenciam como o *judicial notice and take down* é insuficiente. A título de exemplo, na eleição dos Estados Unidos da América de 2016, na qual elegeu-se Donald Trump, pesquisas apontaram que houve influência direta das *fake news* e que, inclusive, cerca de 27% do eleitorado teria acessado ao menos uma *fake news* nas semanas que antecederam a eleição presidencial²⁵⁵.

O poder de persuasão de uma *fake news* é imensurável, podendo influenciar claramente nas eleições. Em sendo assim, evidentemente, se houver demora em retirar o conteúdo falso da internet poderá haver severas consequências eleitorais, podendo o candidato vítima de *fake news* perder diversos eleitores caso não haja imediata determinação para o provedor de conteúdo retirá-la da internet.

Evidencia-se, nitidamente, a importância das *fake news* na atualidade, principalmente no cerne das eleições, em que o fator tempo assume também particular importância, pois, quanto maior o tempo para retirar a *fake news* da internet, maiores poderão ser as consequências para o candidato e para os eleitores, podendo, inclusive, ser capaz de mudar o resultado de uma eleição. Neste cenário, demonstra-se mais razoável que fosse utilizado o *notice and take down* e não o *judicial notice and take down*, pois o período eleitoral é relativamente curto e as consequências podem ser desastrosas caso tenha que se esperar uma determinação judicial para retirada de toda e qualquer *fake news*.

Além disso, nota-se certa tendência nos tribunais brasileiros em não imputar o dever de publicar retratação ao provedor de conteúdo de internet no

²⁵⁵ Neste sentido: ALCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. *Social media and fake news in the 2016 election*. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, pp. 211-236, 2017; e GUESS, Andrew; NYHAN, Brendan; REIFLER, Jason. *Selective Exposure to Misinformation: Evidence from the consumption of fake news during the 2016 U.S. presidential campaign*. Disponível em: <<http://www.dartmouth.edu/~nyhan/fake-news-2016.pdf>>. Acesso em: 10/07/2018.

perfil dos usuários autores do conteúdo ilícito. Tal entendimento decorre do fato de que esta espécie de provedor não possui controle do que é disponibilizado por seus usuários, devendo, portanto, a vítima que se sentir violada atribuir às pessoas que apontou como autoras do conteúdo ilícito a responsabilidade de se retratarem pelo mesmo meio que disponibilizaram o conteúdo ilícito²⁵⁶.

Em relação ao prazo de armazenamento de dados, o Marco Civil da Internet trouxe outro problema ao não adotar o entendimento jurisprudencial anterior a sua promulgação, determinando, no art. 15, que os provedores de aplicações de internet devem preservar os registros de acesso a aplicações de internet pelo prazo de apenas 6 (seis) meses, sendo que esta obrigação seria apenas para as pessoas jurídicas que exerçam de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, podendo gerar insegurança jurídica no que concerne aos ilícitos cibernéticos quando forem utilizadas aplicações de internet sem fins econômicos ou criadas por particulares.

Se houver ordem judicial específica, os provedores de aplicações de internet poderão ser obrigados, por tempo certo, a guardarem os registros de acesso, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado. Além disso, a autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados por prazo superior a 6 (seis) meses.

Ocorre que, ao determinar o prazo de 6 (seis) meses para guarda de registros de acesso a aplicações de internet, o legislador não observou dois prazos extremamente importantes e já citados anteriormente: o prazo prescricional para pretensão de reparação civil elencado no Código Civil de 2002 (art. 206, §3º, V) (três anos) e o prazo prescricional para pretensão de reparação por danos decorrentes de fato do produto ou serviço do Código de Defesa do Consumidor (art. 27) (cinco anos). Tal fato, assim como no caso dos provedores de conexão, pode gerar alguns problemas práticos tanto para os provedores de aplicações de internet quanto para os usuários.

Suponha que determinado usuário seja vítima de *cyberbullying* e que isto tenha lhe causado diversos problemas, tendo que contratar psicólogos e médicos para tratar o seu trauma. Depois de transcorrido o prazo de 6 (seis)

²⁵⁶ Brasil, TJ-DF, APC 2015.01.1.071659-3, Rel. Desembargador Angelo Passareli, Órgão Julgador: 5ª Turma Cível, julgado em 08/11/2017.

meses do art. 15 do Marco Civil da Internet e se curado do trauma, a vítima decide processar os autores do conteúdo ilícito a fim de ser indenizado por danos morais e materiais. Nesta situação hipotética, ele poderá encontrar dificuldade para provar os fatos alegados justamente pela ausência de registro na base de dados. Além disso, o próprio provedor poderia ter dificuldade na defesa diante da ausência das informações necessárias²⁵⁷.

O fato seria ainda mais grave diante de eventual inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor ou do art. 373, §1º, do Código de Processo Civil de 2015. O usuário será prejudicado, pois terá dificuldades para provar o alegado além de não possuir qualquer capacidade técnica na maioria das vezes para demonstrar todos os URLs que contenham conteúdos ilícitos. O provedor de aplicações, por sua vez, será prejudicado, pois terá dificuldades em se defender, uma vez que se baseou no prazo de 6 (seis) meses elencado no Marco Civil da Internet para guardar tais registros, já que guardá-los por período maior levaria uma demanda mais dispendiosa de recursos para armazenamento dos registros.

Ao tentar trazer segurança jurídica maior aos usuários e provedores de aplicações, quanto ao prazo de guarda registros de acesso a aplicações de internet, o Marco Civil da Internet foi contra legislações evidentemente mais favoráveis ao usuário, contrastando, inclusive, com o posicionamento anterior do Superior Tribunal de Justiça. Tal fato gera, a princípio, a inconstitucionalidade do art. 15 do referido diploma legal, devendo-se incidir, no mínimo, o prazo de 3 (três) anos do art. 206, §3º, V, do Código Civil de 2002.

Conforme já ventilado em momento oportuno, quando estudada a responsabilidade civil dos provedores de conexão, deve-se relembrar que o Decreto n. 8.771 de 2016, que buscou regulamentar o Marco Civil da Internet, em seu art. 13²⁵⁸ faz menção a quais são os padrões de segurança e sigilo dos

²⁵⁷ Vide também: FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *O cyberbullying e o papel dos provedores de internet*. In: XXV Congresso do CONPEDI, 2017, Curitiba. Direito, governança e novas tecnologias I. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2017, p. 81-99.

²⁵⁸ Art. 13, Decreto n. 8.771/16 - Os provedores de conexão e de aplicações devem, na guarda, armazenamento e tratamento de dados pessoais e comunicações privadas, observar as seguintes diretrizes sobre padrões de segurança:

I - o estabelecimento de controle estrito sobre o acesso aos dados mediante a definição de responsabilidades das pessoas que terão possibilidade de acesso e de privilégios de acesso exclusivo para determinados usuários;

registros, dados pessoais e comunicações privadas que devem nortear tanto os provedores de aplicações como os de conexão.

Ademais, o legislador expressamente atribuiu ao Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) a função de promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais com fulcro a nortear essas diretrizes, pautando-se nas especificidades e o porte dos provedores.

Por fim, tem-se que os provedores (de aplicações e de conexão) devem reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e acesso a aplicações, excluindo-as tão logo se atinja a finalidade do seu uso ou se encerrado o prazo determinado por obrigação legal, nos termos do §2º do art. 13²⁵⁹.

II - a previsão de mecanismos de autenticação de acesso aos registros, usando, por exemplo, sistemas de autenticação dupla para assegurar a individualização do responsável pelo tratamento dos registros;

III - a criação de inventário detalhado dos acessos aos registros de conexão e de acesso a aplicações, contendo o momento, a duração, a identidade do funcionário ou do responsável pelo acesso designado pela empresa e o arquivo acessado, inclusive para cumprimento do disposto no art. 11, § 3º, da Lei nº 12.965, de 2014; e

IV - o uso de soluções de gestão dos registros por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados, como encriptação ou medidas de proteção equivalentes.

§ 1º Cabe ao CGI.br promover estudos e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais para o disposto nesse artigo, de acordo com as especificidades e o porte dos provedores de conexão e de aplicação.

§ 2º Tendo em vista o disposto nos incisos VII a X do caput do art. 7º da Lei nº 12.965, de 2014, os provedores de conexão e aplicações devem reter a menor quantidade possível de dados pessoais, comunicações privadas e registros de conexão e acesso a aplicações, os quais deverão ser excluídos:

I - tão logo atingida a finalidade de seu uso; ou

II - se encerrado o prazo determinado por obrigação legal.

²⁵⁹ Importante mencionar que em 2018 foi aprovado o Projeto de Lei na Câmara n. 53, que trata especificamente sobre a proteção dos dados pessoais.

Capítulo 6. AVANÇOS E RETROCESSOS DO MARCO CIVIL DA INTERNET QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES

A promulgação do Marco Civil da Internet, conforme elucidado ao longo do texto, trouxe diversas discussões. De fato, fica evidenciado que houve pontos positivos e negativos, havendo muitos argumentos contrários e a favor da nova sistemática. Neste capítulo, buscar-se-á compilar argumentos relevantes e que são depreendidos ao longo do presente trabalho.

6.1 Argumentos favoráveis

Um dos pontos positivos do Marco Civil da Internet é que este trouxe, enfim, regras sobre a transparência e proteção de dados pessoais. Aliás, elencou a proteção dos dados pessoais como um princípio, tamanha a importância dada ao assunto (art. 3º, III, Lei n. 12.965/14). Isto é importante porque, antes do Marco Civil da Internet, não havia expressamente uma legislação que versava sobre a proteção dos dados pessoais na internet, o que gerava certa insegurança jurídica quanto ao tema.

A título de exemplo, no Capítulo que versa sobre Direitos e Garantias dos Usuários, a supramencionada Lei elenca ser vedado o fornecimento dos dados pessoais e registros eletrônicos dos usuários, salvo mediante consentimento do mesmo (art. 7º, VII, Lei n. 12.965/14).

Os prestadores de serviços (provedores de internet) possuem, ainda, a obrigação de prestarem informações claras e completas aos usuários sobre a coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que justifiquem a sua coleta, não sejam vedadas pela legislação, e estejam especificadas nos termos de uso e contratos (art. 7º, VIII, Lei n. 12.965/14).

O usuário deverá consentir expressamente sobre a utilização dos seus dados pessoais e as cláusulas deverão estar destacadas nos termos de uso e contratos (art. 7º, IX, Lei n. 12.965/14). Além disso, o usuário terá o direito à exclusão definitiva dos seus dados pessoais ao término da relação,

salvo hipóteses de guarda obrigatória previstas em Lei (art. 7º, X, Lei n. 12.965/14).

Perceba que, no que tange aos dados pessoais pelos provedores de internet, com a promulgação do Marco Civil da Internet em 2014 teve-se, enfim, uma legislação a nortear o assunto, dando a base mínima que deve reger a temática, sem, contanto, esgotar o assunto.

Na seara da responsabilidade civil dos provedores de internet há um inegável avanço. Por finalmente ter uma legislação que elenca direitos e garantias dos usuários de serviços de internet, tem-se que qualquer violação ao que determina a Lei sobre a proteção dos dados pessoais dos usuários gera o dever de indenizá-los por eventuais danos, independentemente de culpa.

Outro ponto importante levantado durante o texto é a neutralidade de rede, que ganhou espaço no nosso ordenamento pátrio e é uma das principais novidades do Marco Civil da Internet. Conforme já exposto em capítulo próprio, a Seção I, do Capítulo III do Marco Civil da Internet versa especificamente sobre o assunto.

A neutralidade de rede, resumidamente, significa que “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação” (art. 9º, Lei n. 12.965/14).

Assim como no caso da proteção dos dados pessoais, caso o provedor de internet venha a gerar danos aos usuários por violação a neutralidade da rede, deverá haver o dever de indenizá-los, independentemente de culpa. Perceba que, neste ponto, houve também um avanço quanto à responsabilização civil dos provedores de internet quanto à violação da neutralidade de rede, isto porque agora há uma baliza mínima a ser seguida e maior segurança jurídica sobre o tema.

Em relação à responsabilidade civil dos provedores de internet por conteúdo de terceiros, conforme visto, é que há maiores discussões e argumentos favoráveis e contrários.

Como principal ponto positivo do Marco Civil da Internet quanto ao assunto, tem-se que o legislador percebeu a importância que o tema possui na atualidade e tratou expressamente deste em uma legislação específica. Aliás, deve-se ressaltar, inclusive, que o legislador tomou o cuidado de tratar também

do “*revenge porn*” (“pornografia de vingança”), conforme já esclarecido em momento oportuno.

Percebe-se uma clara e nobre intenção do legislador em proteger a liberdade de expressão no âmbito virtual, legislando sobre um assunto corriqueiramente presente nos Tribunais e que não possuía legislação específica no nosso ordenamento, o que, por vezes, gerava decisões conflitantes e trazia insegurança jurídica aos usuários e aos provedores de internet.

Válido destacar que o legislador, neste ponto, observou a tendência de legislações de países que possuem debate mais avançado sobre a liberdade de expressão no ambiente virtual, nos quais há clara inclinação de isentar os provedores de internet por conteúdos produzidos por terceiros.

Outro ponto não menos importante é a questão do prazo de armazenamento de dados pelos provedores de aplicações e pelos provedores de conexão. Apesar de o legislador não ter observado os prazos prescricionais de pretensão de reparação civil do Código Civil (três anos) e nem o prazo do Código de Defesa do Consumidor (cinco anos), bem como não ter seguido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e as recomendações do CGI.br anteriores ao Marco Civil da Internet, é inegável que a estipulação de um prazo fixo para o armazenamento de dados pelos provedores de internet na Lei traz maior segurança jurídica quanto ao tema.

6.2 Argumentos contrários

Os argumentos contrários ao Marco Civil da Internet e à responsabilização civil dos provedores de internet são elencados pela doutrina e, em momento adequado, já foi analisado com maior profundidade.

O primeiro argumento contrário à responsabilização civil dos provedores de internet é que este não protege os usuários (consumidores) como de fato deveria ocorrer, posto a sua proteção constitucional (art. 5º, XXXII, CF). Ao que parece, neste ponto, sobre a premissa da liberdade de expressão, o legislador optou por proteger mais os provedores de internet do que os usuários.

O ponto chave do Marco Civil da Internet é que este modificou anterior entendimento do Superior Tribunal de Justiça e que era nitidamente mais favorável aos usuários. Antes da promulgação da Lei n. 12.965/14, o Superior Tribunal de Justiça entendia que o provedor seria responsabilizado solidariamente com o autor do conteúdo ilícito se, após notificado pelo usuário não retirasse o conteúdo do ar no prazo de 24 horas.

Agora, no entanto, o provedor de aplicações de internet, em regra, somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerados por terceiro se, após ordem judicial específica, não tornar indisponível o conteúdo, sendo que o prazo poderá variar a depender do caso concreto e da determinação judicial.

A jurisprudência adotava o sistema do *notice and take down*, enquanto que o Marco Civil da Internet adotou expressamente o *judicial notice and take down* como regra. Esta mudança é significativa por vários aspectos:

(i) a maioria dos ilícitos eram resolvidos extrajudicialmente e de forma mais célere;

(ii) o já sobrecarregado Poder Judiciário provavelmente estará cada vez mais abarrotado com tais questões que antes eram resolvidas de forma extrajudicial;

(iii) as vítimas serão penalizadas em tempo. Aliás, este é um ponto crucial no que tange aos conteúdos ilícitos na internet, pois o fator tempo assume particular relevância, vez que quanto maior o tempo para retirar o ilícito virtual, maiores são os danos e consequências à vítima;

(iv) as vítimas seriam penalizadas em dinheiro, pois teriam que buscar o judiciário para todo e qualquer conteúdo ilícito disponibilizado por terceiro, tendo que arcar com os custos inerentes às demandas judiciais.

Na época da promulgação do Marco Civil da Internet, houve quem elencasse, ainda, que a figura da responsabilidade por descumprimento de ordem judicial seria incoerente, pois, independentemente de Lei, se uma ordem judicial fosse descumprida, haveria pena de multa ou crime de desobediência²⁶⁰.

²⁶⁰ Neste sentido: Renato Opice Blum e Rony Vainzof. Disponível em: <<http://cio.com.br/opiniao/2014/03/26/conheca-os-pontos-positivos-e-negativos-do-marco-civil/>>. Acesso em: 20/11/2017.

Com esta mudança tão significativa, houve diversos doutrinadores, entre eles Anderson Schreiber²⁶¹ e Cíntia Rosa Pereira de Lima²⁶², que se manifestaram pela inconstitucionalidade do Marco Civil da Internet no que tange a responsabilização civil dos provedores de aplicações de internet, pela clara violação à proteção constitucional dos consumidores.

Além disso, cabe ressaltar que a única exceção prevista no diploma legal quanto à responsabilização civil decorre da violação à privacidade qualificada, ou seja, caso o conteúdo ilícito seja de nudez ou atos sexuais privados publicados sem consentimento, para a qual se aplica a regra do *notice and take down*, sob pena de responder subsidiariamente no caso de descumprimento.

Ocorre que, mesmo que o art. 21 pareça que tenha adotado o posicionamento jurisprudencial anterior ao Marco Civil da Internet, de fato não o fez, pois anteriormente em caso de descumprimento da notificação extrajudicial ele deveria ser responsabilizado solidariamente com o autor do ilícito. Entretanto, atualmente, caso descumpra a notificação feita pelo participante ou seu representante legal, será apenas subsidiariamente responsabilizado.

Por fim, outro argumento contrário ao modo de responsabilização dos provedores de internet de acordo com o Marco Civil da Internet é que o prazo de guarda de dados não coincide com o prazo prescricional de pretensão de reparação civil do Código Civil de 2002 e nem com o prazo do Código de Defesa do Consumidor, de 3 (três) e 5 (cinco) anos, respectivamente. Inclusive, com base nisto, o prazo de 3 (três) anos de guarda de dados era o prazo recomendado pelo CGI.br e determinado pelo Superior Tribunal de Justiça através de sua jurisprudência anterior a promulgação do Marco Civil da Internet.

Ao elencar que os provedores de aplicações de internet deveriam manter os registros de acesso a aplicações de internet pelo prazo de 6 (seis)

²⁶¹ SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*. In: *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. pp. 293-294.

²⁶² LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 110, p. 173 jan./dez. 2015.

meses (art. 15, Lei n. 12.965/14) e que os provedores de conexão deveriam manter os registros de conexão pelo prazo de 1 (um) ano (art. 13, Lei n. 12.965/14), o legislador não se atentou aos prazos prescricionais presentes no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor.

Assim, transcorridos os prazos de armazenamento de dados presentes no Marco Civil da Internet, se o usuário ingressar com alguma ação de reparação civil poderá encontrar dificuldade em provar os fatos alegados por ausência de registro na base de dados. Aliás, o próprio provedor de internet poderá ter dificuldade na sua defesa diante da ausência das informações necessárias, ainda mais diante de eventual inversão do ônus da prova do art. 6º, VII do Código de Defesa do Consumidor ou do art. 373, §1º, do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14) foi promulgado com o intuito de promover a liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, conforme fica evidenciado nos arts. 1º e 3º, inciso I da referida Lei.

Aliás, a importância dada à liberdade de expressão, principalmente no ambiente virtual, é uma tendência mundial. Neste sentido, inclusive, em 2015, diversas entidades da sociedade civil organizada, após longas discussões, editaram os chamados “Princípios de Manila sobre a Responsabilidade dos Intermediários”, nos quais fica evidenciada a nítida intenção de isentar os provedores de internet por conteúdos produzidos por terceiros²⁶³.

Fato é que, com esta premissa, o legislador modificou anterior entendimento jurisprudencial e doutrinário que dava maior proteção ao usuário no que tange a responsabilização civil dos provedores de internet, entendendo que, em regra, qualquer mecanismo que retire eventual conteúdo da internet de forma extrajudicial iria contra a liberdade de expressão.

Esta não foi a única mudança significativa do Marco Civil da Internet, que trouxe muitos pontos positivos como, por exemplo, a neutralidade da rede,

²⁶³ Dentre os “Princípios de Manila Sobre a Responsabilidade dos Intermediários” destaca-se o primeiro deles, que versa sobre a responsabilização dos provedores por conteúdos produzidos por terceiros:

- I. Os intermediários devem ser protegidos por lei da responsabilização por conteúdos produzidos por terceiros
 - a. Quaisquer regras que disponham sobre a responsabilidade dos intermediários devem ser previstas em leis que sejam precisas, claras e acessíveis.
 - b. Os intermediários devem ser imunes de responsabilização por conteúdos de terceiros sempre que não tenham realizado quaisquer modificações.
 - c. Os intermediários não devem ser responsabilizados por não restringir conteúdos legais.
 - d. Os intermediários nunca devem ser estritamente responsabilizados por hospedar conteúdos ilegais de terceiros, nem deve ser obrigados a monitorar conteúdos de maneira proativa como parte de um regime de responsabilidade de intermediários.

que foi tratada pela primeira vez de forma expressa no nosso ordenamento jurídico.

O legislador optou por tratar expressamente no Marco Civil da Internet dos provedores de conexão e de aplicações de internet que, de fato, merecem maiores considerações, principalmente quanto à responsabilização civil de ambos.

Ao que parece, no entanto, o legislador equivocou-se em relação a alguns aspectos da responsabilidade civil dos provedores de internet. Isto porque, não se pode usar da premissa da liberdade de expressão com o intuito de beneficiar a prática de ilícitos no âmbito virtual e nem com o intuito de violar direitos já consolidados de proteção dos usuários (consumidores).

Em relação aos provedores de conexão, que são aqueles que prestam de forma contínua e segura o serviço de conectar os computadores dos usuários à internet, o entendimento que sempre prevaleceu é o de que eventuais defeitos na velocidade de transmissão de dados inferior à contratada, defeitos de conexão, impossibilidade de conexão, queda de qualidade ou velocidade em horários de maior fluxo entre outros acarretam em responsabilidade pelos danos causados ao usuário. Este entendimento não mudou com a promulgação do Marco Civil da Internet.

Por serem serviços meramente instrumentais, a doutrina anterior ao Marco Civil da Internet sempre defendeu que o provedor de conexão não responderia civilmente por eventuais conteúdos ilícitos disponibilizados por terceiros, entendimento este que também prevalece com a promulgação do Marco Civil da Internet, demonstrando posicionamento semelhante ao que já era estipulado em países da União Europeia e nos Estados Unidos da América.

Em relação aos provedores de aplicações de internet, antes do Marco Civil da Internet não havia legislação específica sobre a responsabilidade civil destes, o que levou a diversas discussões no âmbito jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, principalmente no cerne dos provedores de conteúdo e eventuais conteúdos ilícitos de terceiros.

Havia discussão quanto à responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiros, surgindo três entendimentos na jurisprudência dos tribunais brasileiros: a irresponsabilidade pelas condutas de seus usuários; a responsabilidade civil objetiva; e a

responsabilidade civil subjetiva, que pode ser subdividida a partir do momento em que o provedor de aplicação seria responsável pelo conteúdo gerado por terceiro.

A tese da irresponsabilidade, que entende que o provedor de aplicação é um mero intermediário, sem qualquer controle do conteúdo gerado pelos usuários foi adotada por pouco tempo em alguns dos tribunais brasileiros. No entanto, pela própria legislação vigente nos Estados Unidos da América, essa é a doutrina majoritária neste país, tendo como base de sustentação a liberdade de expressão.

Por sua vez, a tese da responsabilidade objetiva é fundada no risco da atividade ou no defeito do serviço. Esse entendimento foi defendido por parte da doutrina como, por exemplo, Claudio Luiz Bueno de Godoy, e chegou a ser utilizado por alguns tribunais brasileiros, que imputavam o dever de fiscalização prévia pelos provedores de aplicações de internet.

Entretanto, esta orientação foi rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça, que entendeu que não faz parte da atividade intrínseca dos provedores de aplicações de internet o prévio monitoramento das informações e conteúdos que são publicadas e trafegam em seus serviços e plataformas.

Finalmente, há a tese da responsabilidade subjetiva, na qual entende-se que o provedor de aplicações de internet se torna responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, após tomar conhecimento do conteúdo ilícito, não toma as providências necessárias para a remoção do mesmo.

Esta teoria se subdivide em outras duas a depender do termo inicial para se considerar o provedor de aplicações de internet responsável pelo conteúdo gerado por terceiro. O termo *a quo* pode ser: da notificação feita pelo próprio usuário (*notice and take down*); ou da notificação judicial, após a provocação do Poder Judiciário pelo ofendido (*judicial notice and take down*).

Antes do Marco Civil da Internet, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça adotava o *notice and take down*, ou seja, após notificado extrajudicialmente pelo conteúdo ofensivo, se o provedor de internet não retirasse o conteúdo em prazo razoável (no caso 24 horas), ele seria considerado responsável civilmente pelo conteúdo ilícito.

Entretanto, o Marco Civil da Internet adota expressamente a segunda vertente como regra, também conhecida como *judicial notice and take down* no art. 19 da supramencionada Lei. Portanto, com a promulgação do Marco Civil da Internet, o provedor de aplicação, em regra, somente será responsabilizado em caso de descumprimento de ordem judicial específica.

Por óbvio, o entendimento anterior era mais benéfico ao usuário, que resolvia, na maioria das vezes, extrajudicialmente e de forma mais célere e efetiva o imbróglio envolvendo ilícitos virtuais principalmente quando o conteúdo ilícito era disponibilizado por terceiros. De fato, impor a judicialização de todos os casos onera – e muito – os usuários e também sobrecarrega o já sobrecarregado Poder Judiciário.

Antes do Marco Civil da Internet, a liberdade de expressão também era respeitada, posto que o conteúdo era analisado e, obviamente, caso não se demonstrasse haver nenhum ilícito evidente, mas apenas uma opinião sobre quaisquer assunto, este permaneceria no ar.

Com base nisto, inclusive, diversos doutrinadores como Anderson Schreiber e Cíntia Rosa Pereira de Lima argumentam que este dispositivo seria inconstitucional, pois suprimiria direitos consolidados dos usuários.

A única exceção prevista no Marco Civil da Internet se encontra no art. 21 da supramencionada Lei, que estipula que no caso de violação à privacidade qualificada, ou seja, caso o conteúdo ilícito envolva nudez ou atos sexuais privados publicados sem consentimento, o provedor de conteúdo deverá removê-lo mediante notificação extrajudicial feita pelo participante ou seu representante legal, sob pena de responder subsidiariamente no caso de descumprimento. A inclusão deste dispositivo no ordenamento ocorreu devido ao aumento do denominado *revenge porn* (“pornografia de vingança”).

Ademais, no âmbito virtual o fator tempo assume particular importância. Como citado durante o presente trabalho, o entendimento anterior ao Marco Civil da Internet de que a notificação extrajudicial com prazo de 24 horas para retirada do conteúdo visava que o eventual ilícito não se disseminasse pela internet. No entanto, com a imposição ao usuário de ter que se dirigir ao judiciário para que este notifique o provedor de conteúdo para retirar o ilícito faz com que este se perpetue, vez que, muitas vezes, pode se disseminar pela internet de tal forma que se torna praticamente impossível a

volta ao *status quo* anterior. Tal fato fica também evidente caso se analise as *fake news* e a sua influência nas eleições, pois a demora em retirar o conteúdo poderá influenciar o resultado de uma eleição.

Percebendo a velocidade de propagação dos conteúdos disponíveis na internet, inclusive, há uma clara propensão em se adotar o entendimento anterior ao Marco Civil da Internet em casos cujos bens tutelados merecem uma resposta mais célere e enfática por parte das pessoas envolvidas. Em outras palavras, há uma nítida tendência de Projetos de Lei que buscam modificar o Marco Civil da Internet a fim de introduzir a notificação extrajudicial e a consequente responsabilização dos provedores de internet em caso de danos decorrentes de conteúdos de terceiros.

A título de exemplo, cita-se o Projeto de Lei n. 6.989, que visa alterar o Marco Civil da Internet e permitir ao usuário de internet, ou a seu representante legal, a apresentação de notificação direta (extrajudicial) aos provedores de aplicações de internet, para que procedam à imediata retirada ou indisponibilidade de conteúdos, imagens, vídeos ou outros materiais que induzam, instiguem ou auxiliem a suicídio.

Outro exemplo é o Projeto de Lei n. 5.203 de 2016, que objetiva incluir o art. 20-A no Marco Civil da Internet cuja proposta de redação menciona, resumidamente, que o provedor de aplicação deverá indisponibilizar, no prazo de 48 horas após o recebimento de notificação pelo interessado ou representante legal, conteúdo infringente idêntico ao objeto de ordem judicial anterior elencando expressamente que o provedor não poderá ser responsabilizado pelas consequências da eventual falta de correspondência entre os conteúdos²⁶⁴.

²⁶⁴ Art. 20-A - O provedor de aplicação deverá indisponibilizar, no âmbito e nos limites técnicos dos seus serviços, no prazo de 48 horas após o recebimento de notificação pelo interessado ou representante legal, conteúdo infringente idêntico ao objeto de ordem judicial anterior, hipótese na qual não poderá ser responsabilizado pelas consequências da eventual falta de correspondência entre os conteúdos.

§1º A remoção de conteúdo prevista no caput dependerá de notificação que deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como infringente, a conferência da validade da ordem judicial em questão e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

§2º Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere este artigo, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicá-lo os motivos e informações relativos à sua indisponibilização, possibilitando que ingresse em juízo para assegurar o seu direito à liberdade de expressão e a responsabilização por abuso de direito ou pelo dano causado por retirada decorrente de notificação indevida.

Por fim, houve mudança significativa também quanto ao prazo de armazenamento de dados. Em relação aos provedores de conexão e ao prazo de guarda dos registros de conexão, antes da promulgação do Marco Civil da Internet, o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) recomendou que estes provedores deveriam manter por um prazo mínimo de 3 (três) anos os dados de conexão e comunicação (identificação do endereço IP, data e hora de início e término da conexão e origem da chamada). Tal prazo foi baseado no art. 206, §3º, V do Código Civil de 2002, que menciona este como sendo o prazo para a pretensão de reparação civil. Ademais, falou-se em prazo mínimo, pois, à luz do Código de Defesa do Consumidor, tem-se o prazo de 5 (cinco) anos de pretensão à reparação por danos causados por fato do produto ou serviço (art. 27, Código de Defesa do Consumidor).

Com o advento do Marco Civil da Internet, a principal mudança quanto aos provedores de conexão ocorreu justamente no âmbito do prazo de guarda dos dados de conexão e comunicação. O art. 13, do Marco Civil da Internet estipulou que o provedor de conexão deve manter os registros de conexão, sob sigilo e em ambiente controlado e de segurança pelo prazo de 1 (um) ano, não podendo transferir a manutenção desses registros para terceiros, conforme o §1º do referido artigo. Observa-se que, caso o Ministério Público ou autoridade policial ou administrativa ache necessário poderá, cautelarmente, requerer que tais registros sejam guardados por prazo superior.

No cerne dos provedores de aplicações de internet, o prazo de armazenamento de dados adotado pelo Marco Civil da Internet também trouxe problemas por não utilizar o entendimento jurisprudencial anterior a referida Lei, determinando, no art. 15, que os provedores de aplicações de internet devem preservar os registros de acesso a aplicações de internet pelo prazo de apenas 6 (seis) meses, sendo que esta obrigação seria apenas para as pessoas jurídicas que exerçam de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, podendo gerar insegurança jurídica no que concerne aos ilícitos cibernéticos quando forem utilizadas aplicações de internet sem fins econômicos ou criadas por particulares.

Se houver ordem judicial específica, os provedores de aplicações de internet poderão ser obrigados, por tempo certo, a guardarem os registros de acesso, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período

determinado. Além disso, a autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados por prazo superior a 6 (seis) meses.

Ocorre que, ao determinar o prazo de 6 (seis) meses para guarda de registros de acesso a aplicações de internet, o legislador não observou dois prazos extremamente importantes já mencionados: o prazo para pretensão de reparação civil elencado no Código Civil de 2002 (art. 206, §3º, V) e o prazo para reparação por danos decorrentes de fato do produto ou serviço do Código de Defesa do Consumidor (art. 27). Tal fato, assim como no caso dos provedores de conexão, pode gerar diversos problemas práticos tanto para os provedores de aplicações de internet quanto para os usuários.

Ao tentar trazer segurança jurídica maior aos usuários e provedores de aplicações quanto ao prazo de guarda registros de acesso a aplicações de internet, o Marco Civil da Internet foi contra legislações evidentemente mais favoráveis ao usuário, contrastando, inclusive, com o posicionamento anterior do Superior Tribunal de Justiça que era mais protetivo. Neste sentido, o prazo de guarda de dados deveria acompanhar o prazo prescricional de ingresso de ação judicial para reparação de danos, o que evidencia mais uma supressão de direitos consolidados dos usuários. A princípio, portanto, haveria a inconstitucionalidade do art. 15, devendo-se incidir, no mínimo, o prazo de 3 (três) anos do art. 206, §3º, V, do Código Civil de 2002.

Percebe-se, assim, que as discussões quanto ao Marco Civil da Internet são profundas. De fato, houve um avanço incontestável em vários aspectos com a promulgação da referida Lei, que buscou regular o uso da internet no Brasil. No entanto, é latente que em alguns pontos a legislação, de certo modo, restou-se menos protetiva aos usuários.

O presente trabalho buscou tão somente analisar as nuances relativas à responsabilidade civil dos provedores de internet com o advento do Marco Civil da Internet, mostrando os pontos positivos e possivelmente negativos da legislação, com uma análise crítica sobre legislações e julgados pertinentes quanto ao tema.

REFERÊNCIAS

ALCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. *Social media and fake news in the 2016 election*. Journal of Economic Perspectives, v. 31, n. 2, pp. 211-236, 2017.

ARAUJO, Luiz Alberto David e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. Revista e atualizada até a EC 90 de 15 de setembro de 2015. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 6 ed. São Paulo: RT, 1997.

BAISTROCCHI, Pablo. *Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce*. Santa Clara High Technology Law Journal, v. 19, pp. 111-130, 2003.

BARBAGALO, Erica Brandini. *Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet*. In: Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet. LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de Expressão, Censura e Controle da Programação de Televisão na Constituição de 1988*. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8 ed. 3 reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O direito à privacidade no Marco Civil da Internet*. In: Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI.br. *Recomendações para o desenvolvimento e operação da internet no Brasil*. 1999. Disponível em:

<http://www.cgi.br/recomendacoes-para-o-desenvolvimento-e-operacao-da-internet-no-brasil/>. Acesso em: 15/06/2016.

_____. *Relatório de políticas de Internet: Brasil 2011*. Brasil: 2012. Disponível em: <<http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/1/relatorio-politicas-internet-pt.pdf>>. Acesso em: 28/06/2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DONEDA, Danilo. *Princípios de Proteção de dados pessoais*. In: Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. pp. 369-384.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.

FLUMIGNAN, Silvano J. G. *O dever de guarda de registro de aplicações mediante notificação extrajudicial na Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet)*. In: Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 409-427.

FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *O cyberbullying e o papel dos provedores de internet*. In: XXV Congresso do CONPEDI, 2017, Curitiba. Direito, governança e novas tecnologias I. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2017, pp. 81-99.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. *O Processo Judicial Eletrônico (PJE) e a violação à neutralidade de rede*. In: Direito e Ciência Política: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raymundo Juliano do Rego Feitosa, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, pp. 248-257.

FURTADO, Gabriel Rocha. *O marco civil da Internet: a construção da cidadania virtual*. In: Direito e Mídia. 1 ed. SCHREIBER, Anderson (coord). São Paulo: Atlas, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GEIST, Michael. *Cyberlaw 2.0*. In: *Boston College Law Review*, v. 44, 2003. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol44/iss2/3>>. Acesso em: 05/06/2016.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil Comentado. Doutrina e Jurisprudência*. Org. Min. Cezar Peluso, São Paulo: Manole, 2006.

_____. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Uma análise crítica da Responsabilidade Civil dos Provedores na Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet)*. In: *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 307-320.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, vol. 4: Responsabilidade civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUESS, Andrew; NYHAN, Brendan; REIFLER, Jason. *Selective Exposure to Misinformation: Evidence from the consumption of fake news during the 2016 U.S. presidential campaign*. Disponível em: <<http://www.dartmouth.edu/~nyhan/fake-news-2016.pdf>>. Acesso em: 10/07/2018.

HIRATA, Alessandro. *O Facebook e o direito à privacidade*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 201, p. 17-27, jan./mar. 2014.

IBOPE. Disponível em: <<http://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,mais-de-100-milhoes-de-brasileiros-ja-acessam-a-internet-diz-ibge,10000090597>>. Acesso em: 19/11/2017.

INTERNET TELECOMMUNICATION UNION - ITU. *Global ICT developments*. 2015. Disponível em: <<http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2015.pdf>>. Acesso em: 19/11/2017.

JAEGER-FINE, Toni. *Technology and the Supreme Court of the United States*. In: Estudos avançados de direito digital. LIMA, Cíntia Rosa Pereira de, NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coords.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 03-13.

KAHANDAWAARACHCHI, Thilini. *Liability of internet service providers for third party online copyright infringement: a study of the US and Indian Laws*. *Journal of Intellectual Property Rights*, v. 12, pp. 553-561, 2007.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni; MARTINS, Guilherme Magalhães. *A privacidade, a proteção dos dados e dos registros pessoais e a Liberdade de expressão: algumas reflexões sobre o Marco Civil da Internet no Brasil (Lei nº 12.965/2014)*. In: Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. pp. 291-367.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

_____. *Internet brasileira precisa de marco regulatório civil*. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. Acesso em: 14/05/2016.

_____. *Uma breve história da criação do Marco Civil*. In: Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

_____. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*. Revista Jus Navigandi: Teresina, ano 15, n. 2592. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17128>>. Acesso em: 01/07/2016.

_____. *Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet*. Revista do Advogado, ano XXXII, n. 115, p. 99-113, abr. 2012.

_____. *Responsabilidade dos provedores de serviços de Internet por atos de terceiros*. In: Responsabilidade Civil: responsabilidade civil na Internet e outros meios de comunicação. 2 ed. SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira. (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012.

LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 100, p. 653-696, jan./dez. 2005.

_____. *Contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e os termos de condições de uso (browse-wrap)*. In: Estudos avançados de direito digita; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (coords.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 105-133.

_____. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, pp. 155-176 jan./dez. 2015.

_____; BIONI, Bruno Ricardo. *A proteção dos dados pessoais na fase de coleta: apontamentos sobre a adjetivação do consentimento implementada pelo artigo 7, incisos VIII e IX do Marco Civil da Internet a partir da Human Computer Interaction e da Privacy by Default*. In: Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015. pp. 263-290.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de consumo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LONGHI, João Victor Rozatti. *Marco Civil da Internet do Brasil: Breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores*. In: Direito Privado e Internet. MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 4 ed. São Paulo: RT, 2012.

_____; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 – Aspectos Materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELCHIOR, Silvia Regina Barbuy. *Neutralidade no direito brasileiro*. In: Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014. MASSO, Fabiano Dolenc Del; ABRUSIO, Juliana, FLORENCIO FILHO; Marco Aurelio. (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Laura Schertel. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, ano 20, n. 79, p. 45, jul./set. 2011.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: RT, 2009.

_____; LEITE, Flavia Piva Almeida. *A liberdade de expressão e o direito à privacidade no Marco Civil da Internet*. In: Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da internet*. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria (Org.). Responsabilidade civil. 2. tir. 9 vol. São Paulo: RT, 2010, pp. 843-889.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Princípios de Manila sobre responsabilidade dos intermediários. Disponível em: <https://www.eff.org/files/2015/07/02/manila_principles_1.0_pt.pdf>. Acesso em: 11/09/2017.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Uma questão de escolhas: o debate sobre a regulamentação da neutralidade da rede no Marco Civil da Internet*. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI, 2013, São Paulo: FUNJAB, pp. 266-291.

RICCIO, Giovanni Maria. *La responsabilità civile degli internet providers*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Responsabilidade civil do provedor pela violação de direitos intelectuais na internet*. In: Responsabilidade Civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação. 2 ed. SILVA, Regina Beatriz Tavares da, Santos, Manoel J. Pereira (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 211-245.

SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*. In: Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 277-304.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 37ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco civil da internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar Ed., 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, ed. 1992.

VAINZOF, Rony. São Paulo, 2016. Curso “Soluções alternativas de conflitos na internet” ministrado na Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) em 17/11/2016.

VASCONCELOS, Fernando Antonio de. *Internet: Responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2005.

WAN, Ke Steven. *Internet service providers' vicarious liability versus regulation of copyright infringement in China*. *Journal of Law, Technology and Policy*, v. 2 pp. 375-412, 2011.

WU, Tim. *Network neutrality, broadband discrimination*. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, v. 2, pp.141-179, 2003.

_____. *Network Neutrality FAQ*. Disponível em <http://www.timwu.org/network_neutrality.html>. Acesso em: 22/06/2016.

ZINITI, Cecilia. *Optimal Liability System for Online Service Providers: How Zeran v. America Online Got it Right and Web 2.0 Proves it*. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 23, pp. 583-616, 2008.

Referências jurisprudenciais

Jurisprudência brasileira

Brasil, STF, ADI 2591, Rel. Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 07/06/2006.

Brasil, STF, ARE 660861, Rel. Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: Plenário, julgado em 23/03/2012.

Brasil, STF, REExt 636331/RJ, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017.

Brasil, STJ, REsp 488087/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 18/09/2003.

Brasil, STJ, REsp 1.175.675/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, julgado em 09/08/2011.

Brasil, STJ, REsp 1.192.208/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 27/03/2012.

Brasil, STJ, REsp 1.308.830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 08/05/2012.

Brasil, STJ, REsp 1.300.161/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 19/06/2012.

Brasil, STJ, REsp 1.323.754/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 19/06/2012.

Brasil, STJ, REsp 1.316.921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 26/06/2012.

Brasil, STJ, REsp 1.403.749/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 22/10/2013.

Brasil, STJ, REsp 1.398.985/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 19/11/2013.

Brasil, STJ, REsp 1.396.417/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 25/11/2013.

Brasil, STJ, REsp 1.306.157/SP, Rel. Ministro Luiz Felipe Salomão, Órgão Julgador: Quarta Turma, julgado em 17/12/2013.

Brasil, STJ, REsp 1.337.990/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 21/08/2014.

Brasil, STJ, AgRg no REsp 1.384.340/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 05/05/2015.

Brasil, STJ, AREsp 982.469/RJ, Rel. Ministro Paulo Marco Aurélio Bellizze, julgado em 26/09/2016.

Brasil, STJ, REsp 1.629.255/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 22/08/2017.

Brasil, STJ, REsp 1.642.997/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 12/09/2017.

Brasil, TJ-DF, APC 2015.01.1.071659-3, Rel. Desembargador Angelo Passareli, Órgão Julgador: 5ª Turma Cível, julgado em 08/11/2017.

Brasil, TJ-RJ, AI 2002.002.08443, Rel. Desembargador Francisco de Assis Pessanha, Órgão Julgador: Décima Sexta Câmara Cível, julgado em 06/05/2003.

Brasil, TJ-RJ, AC 2008.001.18270, Rel. Desembargador Benedicto Abicair, Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível, julgado em 11/06/2008.

Brasil, TJ-RJ, AC 0006047-50.2009.8.19.0040, Rel. Desembargador Benedicto Abicair, Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível, julgado em 01/12/2009.

Brasil, TJ-RJ, AC 0004584-91.2008.8.19.0207, Rel. Desembargador Alexandre Freitas Câmara, Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível, julgado em 22/02/2010.

Brasil, TJ-RS, AC 70026712505, Rel. Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, Órgão Julgador: Nona Câmara Cível, julgado em 27/05/2009.

Brasil, TJ-SP, AI 381.078-4/0-00, Rel. Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, Órgão Julgador: Quarta Câmara de Direito Privado, julgado em 07/04/2005.

Brasil, TJ-RS, AC 70008512121, Rel. Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli, Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível, julgado em 25/11/2004.

Jurisprudência americana

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*, Zeran v. AOL, n. 97-1523. Disponível em: <<http://www.ca4.uscourts.gov/Opinions/Published/971523.P.pdf>>. Acesso em: 01/08/2017.