

O MARCO CIVIL E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET POR ATOS ILÍCITOS DE TERCEIROS

Luiz Fernando Santos Lippi Coimbra

I – CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITOS BÁSICOS



presente artigo tem por objetivo analisar a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet pelos atos ilícitos de terceiros, após a recente entrada em vigor da Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014, popularmente conhecida como “Marco Civil” da internet brasileira.

Cumprido, portanto, antes de mais nada, definir o que são provedores de aplicações de internet, bem como quais são os atos ilícitos de terceiros pelos quais os provedores de aplicações podem ser responsabilizados, nas hipóteses que serão melhor exploradas em sequência após a definição de tais conceitos básicos.

Em obra de 2005 que já se tornou clássico da literatura jurídica nacional sobre responsabilidade civil e internet, MARCEL LEONARDI¹ esclarecia que dentro do gênero *provedores de serviço de internet* encontram-se as seguintes espécies: o provedor de *backbone*, o provedor de acesso, o provedor de correio eletrônico, o provedor de conteúdo e, certamente, o que dá maior visibilidade ao conteúdo de terceiros que pretendemos explorar neste breve ensaio, o provedor de hospedagem.²

¹ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

² Como bem esclarece o jovem jurista na obra descrita acima, p. 155/171, provedor de *backbone* é quem disponibiliza o acesso à infra-estrutura na qual trafegam os dados da rede, sem exercer controle sobre seu conteúdo. Provedor de acesso é quem disponibiliza conexão à internet para seus usuários, sem monitorar as informações

Conforme ensina LEONARDI, o provedor de conteúdo é aquele que disponibiliza informações na internet, as quais podem ser de autoria própria ou de terceiros. O jurista chama atenção para uma necessária distinção entre provedor de informação e provedor de conteúdo: provedor de informação é quem cria a informação; provedor de conteúdo – uma das espécies do gênero provedor de serviço de internet - é quem a divulga.

Eventualmente, o provedor de conteúdo pode ser também o provedor da informação, naqueles casos em que parte da informação divulgada – ou mesmo toda ela – houver sido criada por ele próprio e não por algum terceiro.³

Todavia, há que se ter em mente que a informação gerada por alguém, o autor, pode ser disponibilizada não apenas pelos provedores de conteúdo, mas também – e principalmente como ocorre no caso de violação aos direitos da personalidade – pelos provedores de hospedagem. Como lembra LEONARDI, também se caracteriza como provisão de hospedagem a disponibilização de plataformas prontas para finalidades específicas, como blogs, redes sociais, publicação de mídia (imagens, músicas, vídeos).⁴

Releva notar que, no limite, cada um de nós – indivíduos com acesso à internet – é um provedor de informação. A cada vez que postamos em algum provedor de hospedagem - como o Facebook, o Twitter ou o Youtube - as nossas ideias,

trafegadas, provedor de correio eletrônico é aquele que disponibiliza um nome e senha para envio e recebimento de mensagens, bem como armazena tais mensagens (e-mails) e o provedor de hospedagem é quem presta serviço de armazenagem dos dados em servidores próprios de acesso, de modo a possibilitar que terceiros acessem a tais dados conforme condições definidas com o contratante do serviço.

³ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 30.

⁴ LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais em SILVA, Regina Beatriz Tavares da. e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord). Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 84.

comentários, ou mesmo fotos e vídeos, estamos provendo informação. Não importa aqui distinguir se a postagem é individual, institucional, empresarial, se de autoria própria, coletiva ou de terceiro, se realizada por pessoa física ou pessoa jurídica: são todos provedores de conteúdo; um conteúdo que pode ser lícito ou ilícito.

Esclarecidas quais são as espécies do gênero *provedor de serviços de internet*, bem como feita a necessária distinção entre uma dessas espécies, o provedor de conteúdo, e o provedor de informação, cumpre esclarecer que, em nosso entendimento, o Marco Civil trata o provedor de conteúdo e o provedor de hospedagem como *provedores de aplicações de internet*, as quais foram definidos em seu art. 5º, inciso VII, como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.

Assim, quando nos referimos ao conceito legal de provedor de aplicações de internet, estamos nos referindo estritamente, ao menos para a finalidade que nos interessa no momento, qual seja, a da responsabilidade civil por atos ilícitos praticados por terceiros no âmbito do Marco Civil, aos provedores de conteúdo e provedores de hospedagem, conforme definidos por MARCEL LEONARDI:

“O *provedor de conteúdo* é 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.”⁵

e

“*Provedor de hospedagem* é a pessoa jurídica que fornece o serviço de armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, possibilitando o acesso de terceiros a esses dados, de acordo com as condições estabelecidas com o

⁵ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005., p. 30.

contratante do serviço.”⁶

Logo, o que se pretende examinar aqui é a responsabilidade civil desses provedores de aplicação – provedores de conteúdo e de hospedagem – por determinados atos ilícitos praticados por terceiros, quais sejam, o conteúdo ilícito gerado por terceiros, provedores de informação, que é disponibilizado na internet pelos provedores de aplicação em suas respectivas aplicações de internet: *websites*, portais, redes sociais, blogs, microblogs, canais de áudio, vídeo, imagens, etc.

II – REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE – POR CONTEÚDO DE TERCEIROS - DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET ANTES DO MARCO CIVIL

Por mais importante que seja o passado, nos permitiremos não fazer grandes digressões sobre todo o histórico da construção da responsabilidade civil dos provedores de aplicações no Brasil, mas apenas e tão somente trazer os contornos gerais do *status quo* até a entrada em vigor do Marco Civil no país.

Assim, o que se observou nos últimos anos, na ausência de legislação própria sobre o tema, é que a questão da responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet vinha sendo enfrentada, como não poderia deixar de ser, *vis-à-vis* ao direito positivo em vigor no país, ou seja, o Código Civil e o próprio Código de Defesa do Consumidor.

Em outras palavras, os instrumentos dos quais o ordenamento jurídico pátrio dispunha para regular a responsabilidade civil dos provedores de aplicações da internet pelo conteúdo de terceiros, até a entrada em vigor do Marco Civil, eram os artigos 186 e 927 do Código Civil, bem como o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Logo, foi necessário compreender se havia relação de

⁶ Idem, p. 30.

consumo entre os provedores de aplicações e seus usuários e, em caso positivo, se o controle do conteúdo gerado por terceiros estava no âmbito dos serviços prestados pelos provedores de aplicação, ou seja, se a ausência de controle implicaria em defeito do serviço prestado e, via de consequência, responsabilização.

Ainda que muitas vezes não exista cobrança pela utilização de determinada aplicação de internet, como é o caso do Facebook, por exemplo, a existência de relação de consumo entre os provedores de aplicações e os usuários sempre foi de fácil constatação. De fato, a hipótese de ausência de remuneração do serviço, único argumento em razão do qual a relação de consumo poderia não se caracterizar⁷, é facilmente afastada pela existência inegável de vultosa remuneração indireta⁸ decorrente da publicidade.

Por outro lado, parece bem tranquila a posição de que o controle e fiscalização do conteúdo gerado por terceiros não está no escopo dos serviços prestados pelos provedores de aplicação, a uma porque o exercício de tal controle poderia até mesmo implicar em censura e violação de garantias constitucionais dos usuários, a duas porque o exercício de controle certamente viria a contrariar – senão a impedir por completo – um dos elementos essenciais do serviço prestado: possibilitar a veiculação instantânea de informação.

Para o tratadista RUI STOCCO, que há décadas se debruça sobre o estudo da responsabilidade civil, o prestador de serviços que atua como “mero fornecedor de meios físicos”, ou seja, que não produziu qualquer conteúdo, mas apenas forneceu plataforma para a troca de conteúdo gerado por terceiros, não pode ser responsabilizado pelos prejuízos que tal conteúdo ve-

⁷ Como é cediço, o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8078/90) dispõe em seu art. 3º, § 2º que: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração (...)”

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT, 2003, p. 94.

na a causar a terceiros.⁹

No mesmo sentido andou ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS, para quem não se podia responsabilizar aquele que hospeda uma página na internet pelo conteúdo nela publicado solidariamente a quem contratou a hospedagem – e alimentou a página – pois haveria uma dificuldade muito grande na verificação imediata de todo o conteúdo veiculado, o qual poderia ser alterado muito rapidamente pelo contratante.¹⁰

Assim, na medida em que o exercício de controle sobre o conteúdo veiculado não faz parte do serviço prestado pelo provedor de aplicação, a jurisprudência pátria se consolidou no sentido de que o art. 14 do Código de Defesa do consumidor não se presta a regular a responsabilidade daquele provedor de aplicação pelos prejuízos que tal conteúdo – de terceiros – pode causar aos direitos da personalidade de outros, pois:

“No que tange à fiscalização do conteúdo das informações postadas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra o material nele inserido.”¹¹

No regime do Código Civil, por sua vez, havia – como de fato ainda há – duas possibilidades de responsabilização dos provedores de aplicações de internet: por culpa (art. 186) ou pelo risco da atividade (art. 927). A hipótese de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade foi logo cedo combatida por abalizada doutrina, por razões óbvias.

Como bem lembra a Professora TERESA ANCONA LOPEZ da Universidade de São Paulo, o art. 927 do Código Civil “não trata da responsabilidade do risco da atividade, mas da respon-

⁹ STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6a Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, cit. p. 901).

¹⁰ SANTOS, Antônio Jeová dos. Dano moral na internet. São Paulo: Ed. Método, 2001.

¹¹ Trecho do voto da Min. Nancy Andrichi no Recurso Especial 1.193.764/SP j. em 14 de dezembro de 2010, p. no DJe de 08/08/2011.

sabilidade civil somente pela atividade perigosa”¹², como é o caso “dos depósitos de gás, postos de gasolina, fábrica de fogos, transportes, etc.”¹³, vale dizer, atividades intrinsecamente perigosas, bem diferentes das atividade de provisão de aplicações de internet.

Ainda que se pretendesse atribuir uma interpretação mais aberta ao parágrafo único do art. 927 do Código Civil, o que não nos parece adequado, também seria verdadeiramente impossível incluir a provisão de aplicações de internet no rol das atividades de risco a que faz alusão o referido dispositivo legal.¹⁴

Logo se vê, portanto, que no regime anterior ao do Marco Civil, a única possibilidade remanescente de responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por conteúdo de terceiros era a responsabilidade civil culposa prevista no art. 186 do Código Civil¹⁵. A referida culpa podia se cristalizar de duas maneiras, ambas por atos omissivos: (i) por não promover a remoção do conteúdo ofensivo diante da ciência de sua publicação, e, (ii) por não tomar as medidas necessárias para permitir a identificação do usuário – autor do ilícito – e prevenir o seu anonimato.

Sobre a responsabilidade por omissão diante da ciência da publicação de conteúdo ilegal, boa parte da doutrina nacional caminhava em linha com o sistema de *notice and take down* previsto em normas alienígenas como o *Digital Millennium*

¹² LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 47.

¹³ Idem.

¹⁴ Nesse sentido o Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.” Evidentemente, não é o caso dos provedores de aplicações de internet.

¹⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Copyright Act dos Estados Unidos da América e a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu, a exemplo de PATRÍCIA PECK, para quem:

“ao ser comunicada, seja por uma autoridade, seja por um usuário, de que determinado vídeo/texto possui conteúdo eventualmente ofensivo e/ou ilícito, deve tal empresa agir de forma enérgica, retirando-o imediatamente do ar, sob pena de, daí sim, responder de forma solidária juntamente com o seu autor ante a omissão praticada (art. 186 do CC)”¹⁶

Já sobre a responsabilidade pela identificação do autor do conteúdo ilícito, sustentava ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS que os provedores deveriam tomar as cautelas necessárias para evitar o anonimato dos usuários, ou seja, deles exigir todos dados identificadores¹⁷, ao passo que, para MARCEL LEONARDI, os provedores tinham ainda o dever de empregar tecnologia para possibilitar a identificação dos dados de conexão do usuário, vez que as informações cadastrais fornecidas por esse último nem sempre estão corretas ou atualizadas.¹⁸

Diante de todas essas considerações, permitimo-nos transcrever trecho conclusivo do voto da Min. Nancy Andrichi, do E. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.193.764 – SP, que pacificou o entendimento da jurisprudência brasileira – em linha com nossa melhor doutrina – sobre a responsabilidade dos provedores de aplicações por conteúdo de terceiros até a entrada em vigor do Marco Civil:

“Em suma, pois, tem-se que os provedores de conteúdo: (i) não respondem objetivamente pela inserção no *site*, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no *site* por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem

¹⁶ PECK, Patrícia. Direito digital. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, cit. p. 401.

¹⁷ SANTOS, Antônio Jeová dos. Dano moral na internet. São Paulo: Ed. Método, 2001, p. 143.

¹⁸ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005., p. 82.

conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no *site*, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelo danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso.”¹⁹

III – CRÍTICAS AO MODELO DE “NOTICE-AND-TAKEDOWN” (NOTIFICAÇÃO E RETIRADA)

Conforme demonstrado acima, apesar da ausência de regramento legal sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por conteúdo de terceiros, nos parece tranquilo afirmar que o Brasil havia adotado, por construção doutrinária e jurisprudencial, o regime do “notice-and-takedown”. Nos dizeres da Min. Nancy Andrighi que bem sintetizaram o tema – cuja repetição não é exagerada - os provedores de aplicações “devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no *site*, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelo danos respectivos.”²⁰

Tal regime, entretanto, nunca esteve livre de críticas e, de fato, tem dois graves problemas intrínsecos, um deles de ordem prática, o outro de ordem jurídica.

No lado prático, houve abuso do direito de solicitar a remoção de conteúdo por pretensas vítimas que, muitas vezes, fundamentavam seus pedidos com base em alegações falsas sobre a ilegalidade do conteúdo, ou sobre a pretensa existência de violação de direito autoral. Vale dizer: pessoas (físicas ou jurídicas) descontentes com a veiculação de determinado conteúdo, o que poderia ocorrer até por interesses econômicos, acabavam por solicitar sua remoção ao provedor de aplicações

¹⁹ Trecho do voto da Min. Nancy Andrighi no Recurso Especial 1.193.764/SP j. em 14 de dezembro de 2010, p. no DJe de 08/08/2011.

²⁰ Trecho do voto da Min. Nancy Andrighi no Recurso Especial 1.193.764/SP j. em 14 de dezembro de 2010, p. no DJe de 08/08/2011

com fundamento em violações a direitos da personalidade – inclusive direito autoral – absolutamente inexistentes.

Os provedores de aplicação, por sua vez, cientes da responsabilidade civil que lhes caberia pela omissão na remoção de conteúdo ilícito, se comportaram de forma muito mais tendenciosa ao acolhimento dos pedidos de remoção – ainda que mal fundamentados – do que à sua rejeição. Assim agiam por um motivo óbvio e de lógica inquestionável: buscavam evitar que os pretensos lesados buscassem contra eles a reparação civil pela manutenção do conteúdo.

Por esses motivos, não resta muita dúvida de que, diante de uma notificação para retirada de conteúdo, a sua remoção imediata era opção muito mais cômoda – e menos onerosa – aos provedores de aplicações do que a realização de uma análise detalhada e eventual assunção de riscos por sua manutenção.

Nesse sentido o pensamento de MARCEL LEONARDI, para quem “notificação e retirada incentiva a remoção arbitrária de conteúdo” e, além disso, “cria espaço para que reclamações frívolas, infundadas ou até mesmo ilegais, que jamais seriam acolhidas pelo Judiciário, sejam atendidas pelo provedor, que ficaria obrigado a fazê-lo para se isentar de responsabilidade.”²¹

De outra banda, além de tais consequências negativas de ordem eminentemente prática do “notice-and-takedown” que, no limite, acabam por cercear ou, ao menos, estimular um cerceamento da liberdade de expressão e do direito à informação, observamos, também, uma grave consequência de ordem puramente jurídica no referido regime: ele patrocina uma inegável – e ilegal, inconstitucional - delegação de atividade jurisdicional ao provedor de aplicações.

Explica-se: quando de fato há ilegalidade na veiculação

²¹ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade dos provedores de serviços de Internet por atos de terceiros em SILVA, Regina Beatriz Tavares da. e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord). Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 202

de conteúdo por terceiros, no mais das vezes, tal ilegalidade se traduz ou em violação de direitos da personalidade, ou em violação de direitos patrimoniais (propriedade intelectual, direito autoral, etc.).²² Conforme ensina REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, os direitos da personalidade cuja violação ocorre com mais frequência na internet são a honra, a imagem e a vida privada.²³

Ocorre que, como nos lembra a referida professora, muitas vezes o direito à liberdade de informação de alguns pode fazer contraposição ao direito de proteção da honra, intimidade e vida privada de outros²⁴. A veiculação de determinado conteúdo pode implicar em um choque entre direitos fundamentais; um choque entre o direito à liberdade de informar e outros direitos da personalidade (honra, imagem, vida privada) que podem ser eventualmente violados pelo conteúdo da informação divulgada.

Nessas hipóteses, em que é necessário definir se determinado conteúdo deve ser retirado do ar por violar determinado direito fundamental (como a honra, imagem ou vida privada), ou, em contrapartida, se deve ser mantido no ar justamente para evitar a violação de outro direito fundamental (o direito à livre informação), a resposta está no exercício de juízo de ponderação para definir, naquele caso concreto, qual desses direitos fundamentais deve prevalecer em detrimento do outro.

Assim prescreve o Enunciado 274, da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

²² Como é cediço, grande parte da doutrina entende que os direitos de autor são de natureza híbrida: o componente moral é espécie de direito da personalidade e o componente material é espécie de direito patrimonial, motivo pelo qual a violação ao direito autoral pode implicar tanto em violação de direito da personalidade, quanto em violação a direito patrimonial.

²³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema protetivo dos direitos da personalidade *in* SILVA, Regina Beatriz Tavares da. e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord). Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 41.

²⁴ *Idem*, p. 41.

“274 – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.”

Evidentemente, um provedor de aplicações de internet não é o organismo mais qualificado para aplicar a referida técnica da ponderação, assim como também não é dotado de jurisdição para tal. Nas palavras de MARCEL LEONARDI, “essa situação²⁵ incentiva a remoção arbitrária de conteúdo, atribuindo a uma requisição privada o mesmo poder de uma medida liminar, sem o necessário devido processo legal.”²⁶

Ainda que nos casos de violação de marca registrada ou de direito autoral não seja necessária a aplicação da técnica de ponderação, pois existe uma proteção objetiva – direito de propriedade – cuja violação é de fácil e evidente constatação, isso não significa que um particular como o provedor de aplicações de internet, ainda que dotado de condições técnicas para aferir a violação – o que admitimos por hipótese - tenha jurisdição para determinar qual conteúdo deve ou não ser removido.

Nessa linha é o entendimento da Organização das Nações Unidas, cujo Conselho de Direitos Humanos, em maio de 2011, publicou relatório que criticou duramente o sistema de “notice-and-takedown” justamente em razão dos motivos acima expostos, bem como recomendou que: (i) medidas de censura não devem ser delegadas a entidades privadas e (ii) ninguém deve ser responsabilizado pelo conteúdo publicado por terceiros:

“41. Muitos Estados buscaram proteger os intermediá-

²⁵ O Autor se referia ao sistema de “notice-and-takedown”.

²⁶ LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais em SILVA, Regina Beatriz Tavares da. e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord). Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 203.

rios (provedores de aplicações de internet) pela adoção de modelos variados do regime de “notice-and-takedown” (notificação e retirada). Tal sistema isenta os intermediários de responsabilidade civil pelo conteúdo publicado, desde que eles promovam a remoção do conteúdo ilícito quando lhes for dada ciência de sua existência. Por exemplo, dentro da diretiva de e-commerce da União Européia, um provedor de hospedagem de conteúdo gerado por usuários pode se eximir de responder por tal conteúdo se ele não tiver ciência da atividade ilegal e se, rapidamente, remover o conteúdo em questão quando notificado de sua existência. Do mesmo modo, o Digital Millennium Copyright Act dos Estados Unidos da América também traz segurança aos provedores de aplicações, desde que eles promovam a remoção do conteúdo em questão logo após o recebimento de notificação nesse sentido.

42. Entretanto, se por um lado o sistema de “notice-and-takedown” se afigura como meio de prevenir intermediários (provedores de aplicação) de ativamente se envolverem em, ou promoverem, comportamento ilegal em suas plataformas, por outro, também permite abusos por parte do Estado e de agentes privados. Usuários que são notificados pelo provedor de que seu conteúdo foi tido como ilícito, muitas vezes têm poucos recursos para contestar a remoção daquele conteúdo pelo provedor. Ainda, considerando que os provedores poderão ser responsabilizados financeiramente, e em alguns casos até na esfera penal, pela inércia na remoção do conteúdo, há uma clara tendência de que eles adotem posição bastante cautelosa e, nessa linha, censurem em demasia todo o conteúdo potencialmente ilegal. A falta de transparência no processo decisório dos provedores acoberta, com frequência, práticas discriminatórias ou pressões políticas que podem influir nessas decisões. Além disso, os provedores, como entidades privadas, não estão em melhor posição para determinar se um determinado conteúdo é ilegal, pois tal análise requer um balanceamento cuidadoso dos

interesses em jogo, bem como uma análise cuidadosa das defesas de cada um.

43. O autor do relatório acredita que medidas de censura nunca devem ser delegadas para entidades privadas e que ninguém além do respectivo autor deve ser responsabilizado por conteúdo disponibilizado na Internet do qual não seja o Autor.²⁷

Todas essas fragilidades do modelo de notificação e retirada, as quais foram bastante discutidas nas audiências públicas que deram ao Projeto de Lei 2126/2011 seu desenho final, implicaram em uma profunda modificação no regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicações pelo conteúdo

²⁷ Tradução livre dos seguintes trechos do relatório disponível em: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf acessado em 24 de novembro de 2014:

41. Several States have sought to protect intermediaries through adopting variations on what is known as a “notice-and-takedown” regime. Such a system protects intermediaries from liability, provided that they take down unlawful material when they are made aware of its existence. For example, under the European Union-wide E-Commerce Directive, a provider of hosting services for user-generated content can avoid liability for such content if it does not have actual knowledge of illegal activity and if it expeditiously removes the content in question when made aware of it. Similarly, the Digital Millennium Copyright Act of the United States of America also provides safe harbour for intermediaries, provided that they take down the content in question promptly after notification.

42. However, while a notice-and-takedown system is one way to prevent intermediaries from actively engaging in or encouraging unlawful behaviour on their services, it is subject to abuse by both State and private actors. Users who are notified by the service provider that their content has been flagged as unlawful often have little recourse or few resources to challenge the takedown. Moreover, given that intermediaries may still be held financially or in some cases criminally liable if they do not remove content upon receipt of notification by users regarding unlawful content, they are inclined to err on the side of safety by over-censoring potentially illegal content. Lack of transparency in the intermediaries’ decision-making process also often obscures discriminatory practices or political pressure affecting the companies’ decisions. Furthermore, intermediaries, as private entities, are not best placed to make the determination of whether a particular content is illegal, which requires careful balancing of competing interests and consideration of defences.

43. The Special Rapporteur believes that censorship measures should never be delegated to a private entity, and that no one should be held liable for content on the Internet of which they are not the author.

de terceiros pois, conforme se demonstrará abaixo, o Marco Civil não adotou como regra geral a aplicação do modelo de notificação e retirada.

IV – HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET POR CONTEÚDO DE TERCEIROS NO MARCO CIVIL

IV.I – A MODIFICAÇÃO DA REGRA GERAL

Ao contrário do que vinha ocorrendo anteriormente por força de construção doutrinária e jurisprudencial, o modelo de “notice-and-takedown” deixou de ser aquele utilizado como regra geral para a remoção de conteúdo e responsabilização dos provedores de aplicações pelo conteúdo de terceiros, após a entrada em vigor da Lei Federal nº 12.965 de 23 de abril de 2014, que se deu dois meses após sua publicação no Diário Oficial da União de 24 de abril de 2014.

Com efeito, para evitar os problemas práticos e legais do modelo de “notice-and-takedown” descritos acima, o Marco Civil, em seção que trata especificamente da responsabilidade por danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros, estabeleceu a seguinte regra:

“Art. 19. 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.”

Observa-se, portanto, que o provedor de aplicações agora está livre de responder por omissão na hipótese de não atender ao pedido de remoção de conteúdo que lhe é formulado por

qualquer particular. A responsabilidade civil surge, apenas e tão somente, se houver descumprimento de ordem judicial específica, ou seja: não existe mais responsabilidade civil do provedor de aplicações *antes* do exercício de função jurisdicional pelo estado, mas apenas e tão somente depois.

Houve, portanto, uma necessária inversão do regime anteriormente em vigor: primeiro há pronunciamento judicial, ainda que em tutela de urgência, e somente depois desse pronunciamento, o provedor é instado a tomar as medidas cabíveis. Como demonstrado acima, no regime anterior primeiro o provedor atendia - ou não - a solicitação do particular e, somente depois, caso provocado, o judiciário analisaria o erro ou acerto de tal decisão e atribuiria as responsabilidades cabíveis.

A opção legislativa andou bem ao afastar aquele modelo no qual floresciam pedidos e hipóteses de remoção de conteúdo arbitrários, pois, ao mesmo tempo em que procurou privilegiar a liberdade de expressão que é tão necessária e característica da internet, também trouxe ferramentas para a remoção de conteúdo ilegal dentro das garantias do contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, é de se ressaltar que muito embora o Marco Civil não tenha adotado o “notice-and-takedown” como regra, trouxe uma hipótese de exceção na qual o referido modelo de notificação e retirada ainda é cabível, qual seja, a de publicação de conteúdo contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado:

“Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites

técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.”

A opção pela hipótese de exceção – de notificação e retirada – nesses casos específicos não é de difícil justificativa ou compreensão. As hipóteses de exposição da nudez ou de atos sexuais se afiguram como aquelas de violações mais graves e flagrantes da honra, intimidade e vida privada do indivíduo e, justamente por tal gravidade, aquelas cuja reparação é a mais difícil, senão impossível.

Não se duvida que a regra geral do marco civil – necessidade de tutela jurisdicional para remoção do conteúdo – é a que promove maior segurança jurídica, todavia, essa segurança tem um custo: na regra adotada pelo Marco Civil, a remoção do conteúdo por ordem judicial tende a ser mais demorada do que a hipótese excepcional de remoção pelo “notice-and-takedown”.

Ainda assim, em grande parte dos casos aos quais a regra geral é aplicável, como, por exemplo, a violação ao direito de imagem ou, ainda, a violação de marca registrada, essa morosidade adicional tem maiores possibilidades de quantificação e reparação, o que justifica a opção do legislador pela rejeição ao modelo de notificação e retirada, de menor segurança jurídica, diante de situações nas quais a reparação integral é teoricamente possível.

O mesmo não ocorre na hipótese da divulgação de uma cena de sexo, por exemplo, cuja remoção imediata se mostra de rigor, ainda que em prejuízo do contraditório e ampla defesa – segurança jurídica - de quem disponibilizou tal conteúdo, pois é muito grande a possibilidade de que a reparação integral jamais seja alcançada. Há, portanto, uma clara preocupação do legislador em evitar a propagação do dano e não apenas em repará-lo.

Nessa linha, a opção legislativa pelo regime de notificação e retirada – com responsabilidade civil do provedor de aplicações pelo não atendimento da notificação – nos casos

excepcionais de nudez e sexo, também parece encontrar justificativa na aplicação do princípio da prevenção, pois não se pode correr os riscos da manutenção daquele conteúdo no ar até que haja pronunciamento judicial sobre o tema.

Sobre a função preventiva da responsabilidade civil, a professora de Direito Civil da Universidade de São Paulo, PATRÍCIA FAGA IGLECIAS LEMOS, diz:

“Há de se reconhecer, no entanto, que a função preventiva assume importância crucial quando se tem em consideração aquelas situações em que é totalmente impossível a reparação integral, a volta ao *status quo ante*. São os casos de danos ao meio-ambiente, à saúde, à integridade física. Para essas situações, mais do que indenizações pesadas, faz-se necessária a utilização de instrumentos de prevenção *anteriores* ao dano.”²⁸

Essa hipótese específica de divulgação de cenas de sexo e nudez parece se enquadrar dentre aquelas citadas acima, nas quais é totalmente impossível a reparação integral do dano, de modo que permitir a remoção do conteúdo por notificação extrajudicial e responsabilizar o provedor de aplicação que não atendê-la de plano, é medida que visa não só a reparação dos danos sofridos pela vítima, mas também a prevenção dos novos danos que poderiam ocorrer pela manutenção daquele conteúdo no ar.

Em todo caso, o fato é que a lei afastou a responsabilidade civil do provedor de aplicação – lembrando que tratamos aqui especificamente dos provedores de hospedagem e de conteúdo – pelo não atendimento do “notice-and-takedown”, promovendo uma reviravolta no assunto: a responsabilidade pela inobservância do pedido de retirada, antes a regra geral, agora existe apenas a título de exceção, nos conteúdos de nudez ou atos sexuais de caráter privado.

²⁸ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo. 3a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, cit. p. 187.

IV.II – O PROBLEMA DOS DIREITOS DE AUTOR E CONEXOS

O Marco Civil deixou uma porta aberta para que a regra geral de responsabilidade também seja excepcionada em casos envolvendo direitos de autor e conexos. De fato, o art. 19 prevê, em seu parágrafo segundo, que a aplicação do disposto no caput para infrações a direito 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.²⁹

A inclusão desse dispositivo no texto da lei, que pode permitir a edição de norma prevendo a adoção do “notice-and-takedown” para os casos envolvendo direitos autorais e conexos, apesar de todos os problemas já noticiados com esse sistema, cuja adoção não nos parece justificável ou mesmo desejável nos casos em que é possível a reparação integral do dano, só pode ter uma justificativa política: o lobby da indústria criativa.

De momento, nos parece que o provedor de aplicações de internet poderá ser responsabilizado por não atender a pedido de remoção de conteúdo que viole direito autoral ou conexo, porém, a medida de tal responsabilização deverá ser apurada em cada caso concreto de acordo com o grau de sua culpa e a extensão do dano causado por ela, tudo com fundamento nos artigos 186 e 944 do Código Civil.

A hipótese traz muita insegurança jurídica e dependerá, ao menos até a edição de norma específica para os direitos autorais e conexos, da boa atuação da comunidade jurídica para a fixação, por via jurisprudencial, de critérios mais seguros e objetivos para aferição e quantificação da responsabilidade dos

²⁹ § 2º 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.

provedores de aplicações nesses casos.

IV.III – RESPONSABILIDADE PELO ARMAZENAMENTO DE DADOS

Como já demonstrado à saciedade nos tópicos anteriores desse trabalho, nossa melhor doutrina e jurisprudência entendiam que o provedor de aplicações tinha o dever de tomar as cautelas necessárias para permitir a identificação daquele terceiro que utilizou suas plataformas para a prática de atos ilícitos.

Em linha com essa hipótese, que é plenamente razoável e desejável, o Marco Civil trouxe previsão específica sobre o assunto em seu art. 15:

“Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.”

Além de manter o entendimento de que o provedor de aplicações deve possibilitar, na medida de sua competência e possibilidade técnica, a identificação daquele terceiro que fez uso de sua plataforma para a prática de ato-ilícito, o Marco Civil definiu claramente como o provedor de aplicações deve executar tal tarefa e, até mesmo, por qual período.

Lamentavelmente, tal qual ocorre na hipótese dos direitos autorais e conexos, também não há previsão específica sobre a responsabilidade civil do provedor de aplicações que se furtar ao dever de guardar tais informações. A lei trouxe apenas a seguinte disposição, genérica, no § 4º do art. 15 cujo caput foi transcrito acima: “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.”

Novamente dependeremos da boa atuação de nossa comunidade jurídica, e.g., juristas, advogados, membros do ministério público, juízes e tribunais, para a fixação, por via jurisprudencial ou quiçá por termos de ajustamento de conduta, de critérios mais seguros e objetivos para aferição e quantificação da responsabilidade dos provedores de aplicações nesses casos.

De se ressaltar, ainda, que o curto período pelo qual o provedor é obrigado a manter os registros, de apenas seis meses, é muito inferior ao prazo prescricional para a propositura de ação de reparação de danos (de três anos, nos termos do art. 203, § 3º, V do Código Civil), todavia, há aqui justificativas para tanto: a uma, o custo de manutenção de tais registros por tanto tempo é sobremaneira elevado; a duas, na era da informação, tudo tende a acontecer de modo muito rápido, de tal sorte que não é razoável imaginar que alguém venha a pleitear indenização – ou sequer tenha interesse para tanto, exceto o oportunismo - passados mais de seis meses da publicação de determinado conteúdo ofensivo.

IV.IV. REMOÇÃO DE CONTEÚDO

Como já dizia MARCEL LEONARDI ao comentar o art. 15 do Projeto de Lei nº 2126/2011, que viria a se tornar o art. 19 do Marco Civil, “o artigo trata de responsabilidade civil e não de remoção forçada de conteúdo.”³⁰ Assim, é muito importante ter em mente que, em momento algum, o Marco Civil estipula que a remoção de conteúdo só terá lugar mediante ordem judicial.

Obviamente, a remoção pode ocorrer por iniciativa pró-

³⁰ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade dos provedores de serviços de Internet por atos de terceiros em SILVA, Regina Beatriz Tavares da. e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord). Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 203.

pria daquele que disponibilizou o conteúdo, ou mesmo por iniciativa própria do provedor de aplicações, sem a necessidade de ordem judicial ou mesmo de pedido uma pretensa vítima, naqueles casos em que a publicação de determinado conteúdo viole os termos e limites contratualmente estabelecidos pelo provedor para o uso de sua plataforma.

Não se pode confundir, portanto, as hipóteses de responsabilidade civil dos provedores de aplicações com hipóteses de remoção de conteúdo, afinal, ainda que seja possível a remoção do conteúdo por ordem judicial, ou mesmo pelo regime do “notice-and-takedown” em casos excepcionais, a remoção também tem lugar por iniciativa própria de quem o disponibilizou e, ainda, pelo próprio provedor de aplicações em inúmeros casos nos quais determinado conteúdo viole os termos e condições previamente acordados com seus contratantes.

V – CONCLUSÕES

O Marco Civil é diploma legislativo que veio em boa hora para regular diversos temas carentes de solução legislativa, dentre eles, a tormentosa questão da responsabilidade civil dos provedores de aplicações pelo conteúdo de terceiros, a qual foi sucintamente abordada neste ensaio.

Em linhas gerais, as soluções adotadas pelo legislador são dignas de aplauso, pois, como demonstrado no corpo do trabalho, trazem ferramentas eficientes ao combate do abuso e à prevenção e reparação dos danos dele decorrentes, sem perder de vista a necessária harmonização entre os diversos direitos e garantias que se entrelaçam na discussão da matéria.

Por outro lado, é certo que apesar de ter adotado um eficiente modelo como regra geral para a remoção compulsória do conteúdo e responsabilidade civil dos provedores de aplicações, em linha com as recomendações da Organização das Nações Unidas e tendente a enfrentar os problemas do sistema de

“notice-and-takedown” anteriormente aplicado, o Marco Civil não esgotou o tema e deixou lacunas importantes, como na hipótese do conteúdo que viola direitos autorais e conexos.

Portanto, caberá aos operadores do direito a produção de respostas eficazes para tais lacunas, assim como a própria sociedade também deverá ficar atenta de modo a garantir que a eventual edição de norma que trate de violação aos direitos autorais e conexos, de fato considere as garantias de liberdade de expressão e o direito à informação, bem como traga critérios que consigam, senão evitar por completo, ao menos mitigar os riscos de abuso que o sistema de “notice-and-takedown” propicia.



IV – BIBLIOGRAFIA

CASTELLS, Manuel, *The Information Age: Economy, Society and Culture*. v. 1: *the Rise of the Network Society*, 2 ed. Oxford : Blackwell Publishing, 2000.

GIDDENS, Anthony, *The Consequences of Modernity*, Cambridge: Polity, 1990.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. 3a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

LEONARDI, Marcel. *Internet: Elementos Fundamentais* in SILVA, Regina Beatriz Tavares da. e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____, *Responsabilidade Civil dos Provedores*

de Serviços de Internet, 1. ed, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

_____, Responsabilidade dos provedores de serviços de Internet por atos de terceiros em SILVA, Regina Beatriz Tavares da. e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord). Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____, Responsabilidade Civil Pela Violação do Sigilo e Privacidade na Internet em SILVA, Regina Beatriz Tavares da. e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord). Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____, Tutela e Privacidade na Internet, 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010

MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT, 2003

PECK, Patrícia. Direito digital. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, cit. p. 401.

SANTOS, Antônio Jeová dos. Dano moral na internet. São Paulo: Ed. Método, 2001.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema Protetivo dos Direitos da Personalidade in SILVA, Regina Beatriz Tavares da. e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord). Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

STOCCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6ª Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004