



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
PROGRAMA DE MESTRADO

JOANA DE SOUZA SIERRA

A NÃO RESPONSABILIZAÇÃO DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET POR CONTEÚDOS GERADOS POR TERCEIROS COMO RUPTURA DOS SISTEMAS TRADICIONAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL: *NOTICE AND TAKEDOWN* E MARCO CIVIL DA INTERNET

FLORIANÓPOLIS
2018

JOANA DE SOUZA SIERRA

A NÃO RESPONSABILIZAÇÃO DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET POR CONTEÚDOS GERADOS POR TERCEIROS COMO RUPTURA DOS SISTEMAS TRADICIONAIS DE RESPONSABILIDADE CIVIL: *NOTICE AND TAKEDOWN* E MARCO CIVIL DA INTERNET

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito, Estado e Sociedade, sob a orientação do Professor Doutor Rafael Peteffi da Silva.

**FLORIANÓPOLIS
2018**

Sierra, Joana de Souza

A não responsabilização dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiros como ruptura dos sistemas tradicionais de responsabilidade civil: *notice and takedown* e Marco Civil da Internet / Joana de Souza Sierra ; orientador, Rafael Peteffi da Silva - Florianópolis, SC, 2018.

180 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Responsabilidade civil. 3. Provedores de aplicações. 4. Marco Civil da Internet. I. Silva, Rafael Peteffi da. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. A responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiros.

Mais importante do que apontar – ou querer apontar – uma solução definitiva, numa pretensão que logo, só por si, se revela acientífica, é descobrir o sentido de uma evolução, os seus factores, e a sua concatenação, passada, presente e, na medida do razoável, futura.

– Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Tomo I, p. 165.

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina a ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet por conteúdo gerado por terceiros é matéria contenciosa que, apesar de ter sido abordada em lei no Brasil a partir do Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/14, ainda é alvo de intensos debates doutrinários. Isso se dá devido à profunda alteração que ele veio a causar no que se percebia como a tradicional trajetória da responsabilidade civil – e em especial da responsabilidade pelos fatos dos serviços, conforme a proteção do diploma consumerista – por causa da adoção do desrespeito à notificação judicial acerca do conteúdo ilícito como condição para que se promova a responsabilização dos provedores de aplicações. As críticas, ademais, se estendem ainda ao momento anterior à criação do Marco Civil, quando o Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da matéria, importou ao Brasil o mecanismo de *notice and takedown* (ou de notificação extrajudicial), oriundo dos Estados Unidos da América e da União Europeia, como uma barreira inicial à responsabilização. O que se pretende, aqui, é tratar das diferentes metodologias de responsabilização dos provedores que foram (e são) adotadas em solo nacional e internacional, analisando as críticas sofridas por cada uma e, ao fim, propondo nova forma de responsabilização dos provedores, de lege ferenda. Para isso, abordam-se ainda a sua classificação, e o impacto da internet à disciplina da responsabilidade civil. Trabalha-se de forma dedutiva, por meio de buscas em fontes doutrinárias clássicas e especializadas, além da consulta à jurisprudência da corte superior, que marca a evolução do entendimento nacional sobre a matéria.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Provedores de aplicações de internet. Conteúdo gerado por terceiro. Marco Civil da Internet.

ABSTRACT

The liability of online service providers for third party content is a contentious matter that, in spite of recent statutory regulation in Brazil, is still the subject of academic discussions. This is mainly due to the statute's adoption of a prerequisite of having to go through the court system in order for the online service provider to be liable. This goes against a perceived trend in Brazilian tort law, especially in regards to consumer law, that favored redressing the victims in this type of cases. The critique herein presented extends to a period before this statute came into force, when one of Brazil's superior courts, Superior Tribunal de Justiça, imported the notice and takedown doctrine from the United States of America and the European Union, imposing a hurdle (the need of a notice by the injured party) to the establishment of this liability. The aim is to analyze the different mechanisms of establishing online service providers' liability that were (and are) used in Brazil and abroad, and the criticisms that each of them suffered. A tentative proposal – *de lege ferenda* – of a different framework is then made. Deductive reasoning is the research methodology used throughout, with recourse to classic and specialized legal bibliography, and to the case law of the Brazilian superior court, which marks the evolution of the national understanding of this matter.

Keywords: Tort law. Internet application providers. Third party content. Brazilian Internet Statute.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
I INTERNET E SUA INTERFACE COM A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	21
A Internet e seus Atores.....	21
1 Breve Histórico da Internet	22
2 Impactos da Criação da Internet.....	25
3 Direito Digital	29
4 Marco Civil da Internet	35
5 Provedores de Serviços de Internet	39
5.1 Provedores Conexão	40
5.1.1 Provedores de Backbone	41
5.1.2 Provedores de Acesso.....	41
5.2 Provedores de Aplicações.....	42
5.2.1 Provedores de Hospedagem	42
5.2.2 Provedores de Informação.....	44
5.2.3 Provedores de Conteúdo.....	45
5.2.4 Provedores de Comércio Eletrônico.....	48
5.2.5 Provedores de Correio Eletrônico	49
5.2.6 Provedores de Pesquisa	51
B Evolução da Responsabilidade Civil e sua Aplicação à Internet ..	52
1 Delimitação do âmbito de atuação da Responsabilidade Civil..	52
2 Breve relato da trajetória da responsabilidade civil	55
2.1 As transformações sociais e a adoção da responsabilidade objetiva	64
2.2 A internet e o chamado direito da reparação de danos	70
II FORMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET POR ATOS DE TERCEIROS	73
A Metodologias de Responsabilização Civil na Internet	73
1 Responsabilização dos Provedores de Conexão.....	74
2 Responsabilização dos Provedores de Aplicações	75
2.1 Responsabilização Subjetiva	76
2.2 Responsabilização Objetiva.....	81
2.2.1 Principais críticas à responsabilização objetiva.....	87
2.2.2 Provedores isentos da responsabilização objetiva	102
2.3 Responsabilidade Subjetiva Condicionada – <i>Notice and Takedown</i>	102

2.3.1 Principais críticas à regra de <i>notice and takedown</i>	110
2.3.2 O caso especial da (não) responsabilização dos provedores de pesquisa	117
2.4 Responsabilização conforme o Marco Civil da Internet e Notificação Judicial.....	121
2.4.1 Principais críticas à solução adotada pelo Marco Civil da Internet	126
2.4.2 Argumentos pela continuidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor	138
2.4.3 Controvérsias quanto à responsabilização dos provedores de comércio eletrônico	142
B Nova visão sobre as metodologias de responsabilização civil na internet.....	143
1 Tomada de posição	143
2 Proposta de Responsabilização dos Provedores de Serviços de Internet.....	145
2.1 Proposta de responsabilização dos provedores de conexão	147
2.2 Proposta de responsabilização dos provedores de aplicações	148
2.2.1 Provedores primários das informações	149
2.2.2 Provedores secundários das informações	150
a) Provedores sem poder de edição (<i>dumb pipes</i>)	150
b) Provedores com poder de edição	157
CONCLUSÃO	160
REFERÊNCIAS	164

INTRODUÇÃO

Quando Johannes Gutenberg inventou a imprensa, no século XV, não se podia imaginar que seria grande parte graças a ela que ocorreria a reforma protestante, deflagrada por Martinho Lutero no século seguinte. No entanto, assim foi: graças à máquina de impressão em tipos móveis, pôde Lutero imprimir, em 1517, panfletos que levaram a sua tese ao conhecimento da população da Alemanha, e alguns anos mais tarde, uma tradução ao alemão da própria Bíblia, que até então era acessível apenas aos letrados em latim. Essa primeira grande revolução dos meios de comunicação fez sentir, de forma inegável, o impacto nas relações sociais que tem a difusão ampla de conteúdos, donde nasceram as primeiras discussões acerca da necessidade de garantir a liberdade de expressão (e de imprensa) aos cidadãos.

Não sobrelevados os melhoramentos por que passou a máquina de Gutenberg, o próximo grande passo que deu a humanidade rumo ao aprimoramento dos meios de comunicação foi a invenção da telegrafia, a primeira tecnologia moderna a permitir a comunicação entre grandes distâncias. Depois dela, não tardaram as invenções do telefone, do rádio, da televisão – estes últimos alcançando, de uma só vez, incontáveis pessoas, motivo pelo qual passaram a ser reconhecidos como meios de comunicação de massa. Além desses, outras invenções como da máquina fotográfica instantânea (que em si não é meio de comunicação, mas que certamente altera a forma de comunicar informações), vieram a marcar a história pela sensível alteração que causaram nas interações humanas. Cada um deles, à sua maneira, trouxe transformações sociais e abriu novos espaços públicos de informação e de participação. Por sua vez, também cada um trouxe consigo os correspondentes questionamentos e anseios quanto a preocupações ligadas à liberdade, à privacidade e à segurança.

Coube ao direito, ciência social que é, oferecer respostas a essas novas demandas e, a cada nova tecnologia desenvolvidas, adaptar-se, por vezes trazendo inovações e, em outras, reconduzindo os questionamentos às já antigas construções das teorias clássicas, ainda que sob novos olhares.

A internet surge nesse contexto, como o mais novo, e possivelmente mais dramático avanço tecnológico a se apresentar à humanidade. A partir da ligação em rede de computadores, possibilitada pelo conjunto esforço de vários cientistas, e da popularização dessa nova ferramenta na década de 90, pela criação da *World Wide Web*, houve a alteração não só

das fontes de informação, mas também da própria participação da massa na criação de conteúdo. De uma posição passiva, a maior parte das pessoas passou ao polo ativo da comunicação e hoje torna-se difícil imaginar uma realidade em que a internet não esteja presente na vida diária.

Consequência dessa alteração de papéis, todavia, é a potencialização da quantidade e da intensidade de danos causados pela comunicação, feita mais evidente pela disseminação do uso de redes sociais e de *sites* que permitem a participação do usuário na criação das informações. Por outro lado, não se deixou de reconhecer o enorme potencial da rede de promover a liberdade de expressão e de ser utilizada como ferramenta da democracia, permitindo debates e servindo como plataforma para vários movimentos sociais. Não por acaso, apesar de questionável a sua necessidade, em 2009 iniciou-se o esforço pela elaboração de uma lei que servisse a regulamentar a internet e a balancear a garantia da liberdade com a proteção dos internautas, e a valorização da igualdade e da privacidade no uso da rede. Como resultado promulgou-se, em 2014, a Lei 12.965, conhecida como o Marco Civil da Internet.

Dentre as diversas questões tratadas pela nova legislação, uma das mais controversas é aquela referente à responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet pelos conteúdos gerados por terceiros. O Marco Civil, no afã de garantir a liberdade de expressão impôs obstáculos à responsabilização mais graves do que aqueles da legislação civil tradicional, exigindo a omissão diante de notificação judicial específica – à exceção de situações envolvendo nudez, conteúdos de natureza sexual ou direitos autorais, que exigem apenas a notificação extrajudicial – para que se pudesse responsabilizar os provedores pelos ilícitos cometidos por seus usuários.

Antes disso, os tribunais nacionais vinham julgando no sentido de considerar que as atividades desenvolvidas *online* geram o risco capaz de ensejar a responsabilização objetiva; ou então que, diante de relações de consumo, da mesma forma, caberia a objetiva responsabilização dos provedores pela reparação dos danos causados aos usuários/consumidores. No Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi abrandado tal padrão de imputação exigindo-se, inicialmente, um dever mínimo de diligência dos provedores, especialmente na identificação dos lesantes (o que ensejava a sua responsabilização subjetiva pela omissão) e, depois, apenas a sua notificação extrajudicial – instituindo no Brasil a estrangeira metodologia do *notice and takedown*.

O percurso de responsabilização trilhado, contudo, parece contrariar a tendência da responsabilidade civil no Brasil, o que levou ao questionamento que deu início ao presente trabalho: teriam sido o *notice and takedown* e a notificação judicial como condicionantes da responsabilização dos provedores devidamente confrontados com os institutos tradicionais da responsabilidade para justificar a sua aplicação em solo nacional?

A tentativa de solução desse problema perpassa, primeiro, a elaboração de um breve histórico da criação da internet e de seus impactos no mundo moderno, para que se possa então chegar à criação da ideia de um Direito Digital e à caracterização dos atores da internet a serem submetidos (ou não) à responsabilização. A classificação desenvolvida, aqui, trata de uma adaptação e junção das diferentes formas de tratar o tema encontradas na doutrina especializada, sobre a qual foram feitos os acréscimos considerados necessários para abranger algumas diferenças cruciais identificadas em provedores. Assim, chegou-se à divisão dos provedores de serviços de internet entre provedores de conexão, compostos por provedores de *backbone* e de acesso; e provedores de aplicações, por sua vez compostos por provedores de hospedagem, de informações, de conteúdo, de comércio eletrônico, de correio eletrônico e de pesquisa.

Ademais, ainda como fundamento necessário ao estudo, trata-se da evolução da responsabilidade civil e de sua aplicação à questão proposta. O primeiro capítulo, então, composto pelas duas subdivisões mencionadas, serve como introdução e base para compreensão das discussões que serão tratadas no segundo momento desta dissertação.

O segundo capítulo (que espelha em estrutura o primeiro), dessa maneira, adentra a análise das diferentes formas de responsabilização dos provedores de serviços de internet adotadas pela jurisprudência e pela legislação nacionais. A cada tópico serão apresentadas, também, as correspondentes exceções e a crítica da doutrina especializada, com os seus contrapontos. Em sequência, abordar-se-ão a responsabilização subjetiva, a responsabilização objetiva, a responsabilização subjetiva condicionada pela notificação extrajudicial e a solução adotada pelo Marco Civil da Internet, consubstanciada principalmente na responsabilidade subjetiva condicionada pela notificação judicial. Ainda nesta parte, acrescentam-se ao texto excertos de julgados do STJ que marcaram cada fase da responsabilização, cabendo aqui o esclarecimento de que na pesquisa realizada foram apreciadas e devidamente categorizadas todas as decisões daquela corte superior (até o dia 31/12/2017) da matéria de responsabilidade civil

contendo simultaneamente os termos ‘provedor’ e ‘internet’, de maneira a afastar qualquer possibilidade de seleção tendenciosa de julgados.

Já a segunda parte deste capítulo consiste em proposta de nova forma de responsabilização dos provedores, a partir da identificação das soluções internacionais aos problemas discutidos (analisadas no tópico que antecede) e pela renovada classificação dos provedores conforme a sua possibilidade de edição dos conteúdos disponibilizados em suas plataformas.

Para tanto, o método de abordagem será dedutivo, uma vez que se parte de análise da legislação existente sobre responsabilização dos provedores de aplicações de Internet por conteúdos gerados por terceiros e sobre responsabilidade civil em geral, tanto nacional quanto estrangeira, para então concluir sobre ser oportuna a manutenção do método de notificação e retirada trazida pelo Marco Civil da Internet.

Por fim alerta-se que não se pretende, aqui, seja desde logo afastada a aplicação da legislação vigente, mas tão somente que se dê lugar na doutrina, e possivelmente em futuras leis, às novas respostas aos problemas trazidos pela internet, já que estes não são estáticos. A atualidade do tema e, mais, a ainda prevalente divergência teórica acerca dele, considera-se, dão abertura à sugeridas modificações.

I INTERNET E SUA INTERFACE COM A RESPONSABILIDADE CIVIL

Esta dissertação visa a analisar a evolução das formas de atribuição de responsabilidade civil, ou não, aos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiros, levando em consideração a sistemática tradicional de responsabilização e a introdução, aparentemente não justificada, do mecanismo de *notice and takedown* como requisito para tal (após substituído pela notificação judicial introduzida pelo Marco Civil da Internet). Faz-se, ao longo do texto, a confrontação necessária com as posições tomadas pelos ordenamentos jurídicos de outras nações, que se depararam com o mesmo problema, para fins de obtenção de um referencial externo de comparação. Para tanto, todavia, é necessário o esclarecimento dos significados dos conceitos operacionais aqui trabalhados, tendo em vista que apenas a concordância – ao menos inicial – acerca de seus conteúdos permitirá a convergência ou divergência real de opiniões e conclusões.

Parte-se, logo, de uma breve explicação do histórico da internet e, em seguida, da delimitação dos significados atribuídos a cada um dos conceitos principais trabalhados. Após, adentram-se os conceitos do que se considera a teoria clássica da responsabilidade civil, que servirá de pano de fundo para a discussão da responsabilização específica dos provedores de aplicações de internet.

A Internet e seus Atores

Esta seção tem a finalidade de apresentar os atores centrais deste trabalho, ou seja, os provedores de aplicações de internet. Para que se possa fazer isso, é imprescindível introduzir, primeiro, a internet, descrevendo brevemente a sua evolução, e enfim tratando do âmbito de atuação do Direito Digital, o qual, se manifestando na doutrina e na jurisprudência, levou à categorização dos provedores como se demonstra a seguir. Feito isso, explica-se o papel de cada um para que, no segundo capítulo deste trabalho, seja possível desenvolver e concluir acerca da sua responsabilização.

1 Breve Histórico da Internet

Recontar a origem da internet como se vê hoje não é tarefa fácil. As numerosas obras científicas que vêm a tratar do assunto atribuem seu surgimento a variados fatores, remontando sua criação, parcialmente, a eventos diferentes. O que se pode deduzir, no entanto, é que a *rede das redes*, ou simplesmente, a internet, nasceu da mesma forma como se desenvolve, a partir de muitos esforços individuais que, eventualmente, se encontram e compartilham, ou competem, até que o uso os consolide. Oportuno, de qualquer forma, contar brevemente a cronologia da sua criação, já que é este o ambiente sobre o qual atuará a responsabilidade civil dos provedores.

Antes da internet propriamente dita, já existiam redes de trocas de informação de limitado alcance. Eram, muitas vezes, usadas pelas grandes empresas, para permitir a consulta entre matriz e filiais acerca de quantidades de estoques, clientes, variações de preços etc¹. Todavia, foi a teoria de Leonard Kleinrock, publicada no início da década de 60, sobre o chaveamento de pacotes (que define como enviar mensagens para vários usuários por um único meio de comunicação), que assentou verdadeiramente a fundação para o que viria a se tornar a rede mundial de computadores.

O uso de pacotes, e não de circuitos, permitia maior segurança na transmissão de dados e velocidade de comunicação entre os computadores conectados em rede (os primeiros deles vindo a ser testados em 1965), possibilitando que maiores distâncias fossem alcançadas de modo eficaz. Foi apenas por conta disso que, no final da década de 60, a ARPA (*Advanced Research Projects Agency*), agência voltada a desenvolver alta tecnologia de comunicação para as Forças Armadas dos Estados Unidos da América, pôde criar e publicar o plano ARPNET, considerado a “mãe da internet”². O nascimento da internet, assim, pode ser remontado à singular ligação entre três computadores na Califórnia e um de Utah pelo Departamento de Defesa dos EUA em 1969³. A ideia era a de que, durante

¹ SANTOS, Sinval dos. *Segurança na era digital*. São Paulo: All Print, 2007, p. 14-16.

² SANTOS, op. cit., p. 16-17.

³ CAREY, Peter et al. *Media Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2010, p. 204.

aquele período de tensão internacional, as informações sensíveis do governo norte-americano ficassem seguras e acessíveis ainda que algum terminal fosse destruído.

Após a Guerra Fria, a tecnologia então criada veio a ser apresentada e difundida pelo resto do mundo – inicialmente ficando confinada a algumas grandes corporações e universidades, devido ao seu alto custo de implementação e dificuldade de acesso. Dos quatro computadores que deram início à rede, em 1972 passaram a ser ligados à *web* 40 computadores. Em 1981, chegavam a 200⁴. Antes disso, em 1973, enfim, a rede foi oficialmente batizada como internet (abreviação do termo *internetwork connection*⁵), graças à elaboração do TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*), o mais conhecido protocolo, em uso até o presente. A partir de então, cada conexão de internet recebe um endereço ou identificação única, que permite o seu rastreamento – em que pese não permita, necessariamente, a identificação do usuário da rede⁶.

A popularização da rede, no entanto, só veio a acontecer a partir da década de 90, após o desenvolvimento, pelo CERN (Centro Europeu de Pesquisas Nucleares), especificamente em 1993, do serviço *World Wide Web*, que hoje é tratado quase como sinônimo da rede, o qual possibilitou a incorporação de imagens e sons e facilitou a busca de informações no ambiente virtual⁷. Para se inserir na *web*, as páginas são codificadas e traduzidas usando uma linguagem chamada *HyperText Mark-up Language* (HTML), e são acessadas pelos navegadores dos usuários, por meio da indicação do *site* específico requisitado pelo internauta na forma de um ‘domínio’ no formato: *www.domínio.com*⁸.

⁴ Idem, p. 204-205. Com as escusas necessárias, opta-se por, ao contrário da determinação da ABNT na NBR 10520, item 7.1.2, utilizar “idem” para fazer referência a um mesmo autor e obra de rodapé imediatamente anterior (e não somente a um mesmo autor, como disposto na NBR). Por sua vez, “ibidem” será utilizado para fazer referência a um mesmo autor, obra e página previamente citado.

⁵ PORTUGAL, José Henrique. Introdução ao Marco Civil: histórico, objetivos práticos, aspectos técnicos e neutralidade de rede. In: SCHAAL, Flavia Mansur Murad (Coord.). *Propriedade Intelectual, Internet e o Marco Civil*. São Paulo: Edipro, 2016. p. 9-24, p. 19.

⁶ CAREY, op. cit., p. 205.

⁷ SANTOS, op. cit., p. 17-19.

⁸ CAREY, op. cit., p. 205-206.

No Brasil, em particular, a história da internet teve seu início na década de 80, por meio da iniciativa de pesquisadores da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), da Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) e do Laboratório Nacional de Ciências da Computação (LNCC), para construir uma infraestrutura inicial de redes que conectasse o País à já formada rede estadunidense. O desenvolvimento sensível dessa proposta, no entanto, veio a ocorrer entre 1990 e 1991, quando a internet se tornou objeto de política estatal com a criação pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, de uma Rede Nacional de Pesquisa (RNP). Foi esse projeto político que levou à instalação do *backbone* – sistema de cabeamentos que serve como estrutura física para o funcionamento da *web* – da internet no Brasil⁹.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (ECO 92) que teve lugar no Rio de Janeiro em 1992 foi mais um fator de encorajamento para a realização de investimentos na rede, que já em 1993 atingia 11 dos estados da federação.

Inicialmente, o enorme custo de instalação e operação da rede (assim como o limitado conteúdo disponível *online*) relegou às universidades e instituições de pesquisa o seu uso. Quando da sua abertura ao setor privado e ao uso dos particulares, em 1995, todavia, já havia cerca de 400 instituições brasileiras conectadas à internet, permitindo que mais de 60.000 pesquisadores se beneficiassem da ferramenta¹⁰.

Desde então, a *web* tem passado por ondas, com a sua modernização e a criação de novas formas de interação por meio dela. Fala-se, por exemplo, da *web 2.0*¹¹, que representa a era de abertura da internet para maiores interações sociais (pela criação de redes sociais, de *wikis* e de outras plataformas colaborativas, e que “em tese refundou a própria rede mundial de computadores ao transformá-la em uma espécie de plataforma movida pelo usuário, que insere ‘voluntariamente’ o conteúdo maciço que hoje circula na internet”¹²) e hoje, até mesmo, da *web 3.0*, permeada por

⁹ RIBEIRO, Samantha S. Moura. *Democracy after the internet: Brazil between facts, norms, and code*. Berlim: Springer, 2016, p. 99.

¹⁰ Idem, p. 99-100.

¹¹ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 6. ed. Ver., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 446.

¹² MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES,

bots (que são programas criados para realizar atividades como se fossem usuários da internet) e marcada pela maior integração entre os diversos *sites* e entre as próprias máquinas – adentra-se a era da ‘internet das coisas’. Marca-se ainda esta nova era pela intensa reunião e análise de dados de caráter pessoal, com o intuito de informar as atividades das entidades de caráter público e privado¹³. Desse modo, dado seu enraizamento social, atualmente é difícil conceber a vida sem o uso da internet.

Pode-se defini-la, a partir de então, de duas maneiras: virtualmente como uma série de normas, *scripts*, e práticas associadas a um meio de comunicação global¹⁴; e fisicamente como uma rede mundial de computadores interligados, que transmitem entre si dados por meio de padrões universais chamados de protocolos. Permitem, assim, que usuários conectados em qualquer parte do mundo acessem documentos, serviços e informações em geral, disponibilizados por qualquer outro computador conectado¹⁵.

2 Impactos da Criação da Internet

Se foi rápido o desenvolvimento da rede, ainda mais o foram as transformações que ela proporcionou. Atribui-se à informática causar a mais dramática modificação dos bens que são utilizados na vida diária e, conseqüentemente, arrisca-se dizer, das formas de relacionamento entre as pessoas, haja vista a ampla gama de mecanismos que hoje se colocam à disposição para o acesso à informação. O computador torna-se, ademais, uma ferramenta indispensável para o desenvolvimento de diversas atividades profissionais e científicas, de modo a não se considerar exagerado dizer que existe hoje uma espécie de cidadania digital que exige do pú-

Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 337-363, p. 338.

¹³ Idem, p. 339.

¹⁴ WAGNER, Ben. *Global free expression: governing the boundaries of internet content*. Berlim: Springer, 2016, p. 17.

¹⁵ SANTOS, op. cit., p. 21-22.

blico o acesso regular às tecnologias da informação para participar da sociedade¹⁶, e já ser lugar-comum declamar os avanços trazidos pela informática para a vida moderna¹⁷.

Por conta disso, desde meados da década de 90 do século XX, devido ao desenvolvimento, na década anterior, da internet, dentre outros motivos, identifica-se o momento atual como a ‘era da informação’, na qual o maior poder que se pode conceber não mais consiste no controle de recursos naturais ou no poderio bélico, mas sim na arrecadação e no controle das informações dos indivíduos, dos grupos, e das nações¹⁸.

Assim sendo, a internet veio a se delinear como o mais novo avanço tecnológico a ter um sensível impacto no relacionamento entre o homem e o Direito. O que ocorre, na verdade, “é o surgimento de novas relações humanas, propiciadas e fomentadas pelo ambiente digital, traduzindo formas de convivência diferenciadas, a desafiar os operadores do direito”¹⁹ e, por evidente, das demais ciências sociais. Com efeito, não é raro que se reconheça que “o desenvolvimento da internet é um dos aspectos mais relevantes da veloz transformação social, política e econômica que experimenta a sociedade contemporânea”²⁰.

Não representa, o espaço virtual, uma nova realidade, nem tampouco de um *pseudomundo* à parte, porém, representa ele uma manifestação do mundo real onde se desenvolvem novas situações subjetivas existenciais marcadas pela maior possibilidade de comunicação²¹ e pela troca de experiências e de bens em forma virtual²². A internet é, ao mesmo

¹⁶ LUCCHI, Nicola. *The impact of science and technology on the rights of the individual*. Viena: Springer, 2016, p. 32. Exemplo disso são também as inúmeras iniciativas buscando formas de ‘e-Gov’, ou governo eletrônico, e dos demais esforços que compreendem a inclusão digital como imprescindível ao exercício de diferentes formas de cidadania.

¹⁷ SANTOS, op. cit., p. 12.

¹⁸ SANTOS, op. cit., p. 14.

¹⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 348.

²⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 807.

²¹ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 341.

²² LUCCHI, op. cit., p. 33.

tempo, a infraestrutura e as instituições, os operadores e os usuários²³. Opera-se, logo, uma grande mudança de paradigma. Se anteriormente as pessoas se encontravam predominantemente, em relação aos meios de comunicação de massa, no polo passivo da comunicação, a rede tornou a comunicação uma atividade social de interação e de intercâmbio, distribuindo de certa maneira o poder de comunicar²⁴.

Apresentando utilidades e recursos sem precedentes – não existia, até então, a possibilidade de realização de videoconferências em tempo real, por exemplo –, a *web*: por um lado, propicia ferramentas que aproximam culturas, indivíduos e conhecimentos de maneira positiva, traduzindo formas de convivência diferenciada²⁵; por outro, está diretamente relacionada à identificação de novas formas e intensidades de violação de direitos alheios.

De início, passa-se pela despersonalização das relações jurídicas, fazendo com que os usuários sejam identificados não pelos meios tradicionais, mas por algoritmos combinados em forma de protocolos de IP²⁶. Abre-se, logo, uma gama de riscos ligados à acessibilidade e à vulnerabilidade das comunicações, tais quais a maior exposição das informações pessoais e a possibilidade de obtenção (ilegal) de dados sigilosos. Aumentam, também, as hipóteses de plágio e desenvolve-se todo um novo aspecto que possibilita a concorrência desleal e a sabotagem²⁷.

As contribuições da rede, ademais, são contraditórias, haja vista que a sua capacidade de amplificar o alcance das manifestações individuais (que seria aliado da liberdade de expressão), a que se tem atribuído o papel de pilar da democracia moderna por facilitar a participação ativa e direta dos cidadãos nas decisões políticas²⁸, tem revelado também graves

²³ WAGNER, op. cit., p. 17.

²⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, p. 51.

²⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 362.

²⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 344.

²⁷ PINHEIRO, op. cit., p. 78.

²⁸ LUCCHI, op. cit., p. 36.

contribuições negativas para o desenvolvimento da política e para a participação democrática²⁹. Da mesma maneira, o espaço de ‘liberdade’ por ela criado, é por vezes de uso obrigatório até mesmo àqueles que não podem ou gostariam de não utilizar a internet, já que ela se tornou indispensável a diversas atividades de trabalho e de lazer³⁰. Isso ainda implica a exclusão daqueles que não têm acesso à internet, e/ou que não detêm as habilidades e conhecimentos necessários para a utilização do novo espaço de discussão política que se cria, exacerbando desigualdades sociais, culturais e políticas³¹.

Noutro vértice, se a internet pode fornecer possibilidades de participação democrática e construir influências positivas pessoas, não se pode ignorar o fato de que ela pode também ser utilizada para fins perniciosos, espalhando mensagens de ódio e de extremismo, servindo como forma de vigilância para regimes autoritários e totalitários³² e fomentando a polarização da população pelo artificial reforço das opiniões dos diferentes grupos sociais³³. Daí o alerta para que não se endeuse a internet: ela é apenas

²⁹ O inicial sucesso do uso das redes sociais para a articulação das rebeliões e manifestações ocorridas na ‘primavera árabe’, no Egito, na Tunísia e na Líbia, e até as manifestações de 2013 no Brasil, destacadas por Martins (MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo...* cit., p. 363), veio, mais recentemente, a dar lugar à divulgação de ideais de grupos extremistas, como o ISIS (LUCCHI, op. cit., p. 40), de espionagem (BEZERRA, Arthur Coelho; WALTZ, Igor. Privacidade, neutralidade e inimputabilidade da internet no Brasil: avanços e deficiências no projeto do Marco Civil. *Revista Eptic Online*, v. 16, n. 2, p. 161-175, mai./ago. 2014, p. 163) e de notícias falsas em larga escala que podem ter contribuído de forma decisiva, por exemplo, à modificação do resultado das eleições à presidência dos Estados Unidos.

³⁰ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado de conteúdo gerado por terceiro. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.) *Direito & Internet III – Tomo II: marco civil da internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 277-306, p. 278-282; LUCCHI, op. cit., p. 32.

³¹ RIBEIRO, op. cit., p. 16.

³² LUCCHI, op. cit., p. 36-40; BEZERRA; WALTZ, op. cit., p. 166; XYOL Y FERREIRA, Elaine Cristina. Consentimento dos conectados: a luta mundial pela internet livre. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 5, n. 1, p. 175-182, 2013.

³³ RIBEIRO, op. cit., p. 18-19.

uma ferramenta, variando seus resultados segundo os usos que lhe são dados³⁴.

Há importantes questionamentos também no tangente à real liberdade conferida aos usuários da rede, dado que grandes corporações, acaso não freadas, ameaçam o pluralismo de fontes na internet ao direcionarem todas as buscas e possibilidades de acesso conforme seus próprios interesses, sem transparência, até mesmo quando os usuários acreditam estar ‘navegando’ sem interferência³⁵. O debate sobre a concentração da propriedade dos meios de comunicação e seu impacto no pluralismo se desloca das mídias tradicionais para a rede, dando nova roupagem às discussões que permeiam a ampla reflexão abrangendo liberdade e pluralismo³⁶.

Tal deslocamento acontece da mesma maneira em outras áreas de relevância jurídica. É certo que muito antes da difusão da internet já se reconhecia, por exemplo, o direito à privacidade como fundamental, no entanto, a difusão global quase imediata de dados pessoais, e até relacionados à segurança nacional de países do mundo inteiro, não era um problema recorrente, como se vê hoje. Se reconhece, assim, que, devido às novas tecnologias, têm as relações sociais se alterado de maneira tão intensa que seria necessário que o Direito acompanhasse essa mudança, por meio do reconhecimento do chamado ‘Direito Digital’, que será explicado a seguir.

3 Direito Digital

Feita a necessária explicação inicial, o primeiro conceito operacional de importância a aqui se tratar é, justamente, aquele que evidencia o que é o Direito Digital. Pinheiro e Sleiman bem o traduzem³⁷:

O Direito Digital, de forma simples é a evolução do próprio Direito aplicado à realidade atual da Soci-

³⁴ LUCCHI, op. cit., p. 40.

³⁵ Idem, p. 33. Aqui se insere, por exemplo, a importante discussão acerca da neutralidade da rede. Sobre esse assunto, v. GANS, Joshua S. Weak versus strong net neutrality. *Journal of Regulatory Economics*, v. 47, n. 2, p. 183-200, dez. 2014.

³⁶ LUCCHI, op. cit., p. 33.

³⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck; SLEIMAN, Cristina Moraes. *Tudo o que você precisa saber sobre direito digital no dia a dia*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.25.

idade. Logo, reúne um conjunto de princípios fundamentais e instrumentos jurídicos já existentes. Exige muitas vezes a releitura de normas já vigentes, dentro dos novos casos práticos, e também abrange as novas leis que são criadas como forma natural de atualização do próprio Ordenamento Jurídico.

O Direito Digital consistiria na evolução do Direito, abrangendo, como mencionado, institutos já vigentes, porém introduzindo novos elementos ao pensamento jurídico, para melhor se amoldar às especificidades das novas relações e interações sociais decorrentes do advento das novas tecnologias, particularmente, da internet. Essa adaptação se faria indispensável diante da percepção de que a “sociedade digital é comunitária”, ou seja, no presente, retoma-se a interdependência entre o indivíduo e o grupo – a qual era preponderante nos primórdios da humanidade –, que faz com que o interesse daquele seja preterido em favor deste, e confere maior dinamicidade e consequências coletivas às ações de cada um³⁸.

A própria nomeação de um ‘Direito Digital’ viria a corrigir a percepção de que o ciberespaço não pode ser regulado, e levantar debates doutrinários acerca do papel do direito na sociedade da informação³⁹ – os quais vem sendo travados internacionalmente nas principais faculdades de direito do mundo, sendo dedicadas à matéria diversas publicações especializadas ligadas a instituições de peso⁴⁰.

Com efeito, deve-se reconhecer que, historicamente, a massificação da comunicação pelas sucessivas evoluções das tecnologias e veículos de troca de informações ganha relevância jurídica na medida em que ela altera os comportamentos e relações humanas e, assim, causa a insegurança a ser suprida pelo Direito⁴¹. Resumem Martins e Longhi: “os

³⁸ PINHEIRO, op. cit., p. 112-119.

³⁹ LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Sairava, 2012, p. 34.

⁴⁰ Idem, p. 30. Dentre essas publicações, Leonardi destaca: *Harvard journal of law and technology*; *Stanford technology law review*; *Yale journal of law and technology*; *International journal of law and information technology* (vinculado à Universidade de Oxford).

⁴¹ PINHEIRO, op. cit., p. 78.

meios de comunicação adquiriram grande vulto na história recente da humanidade. Desde o aprimoramento da imprensa escrita, sua evolução se confunde com o próprio desenvolvimento da civilização, tomando um papel crucial em vários acontecimentos históricos”⁴².

Cada um à sua maneira, os novos meios de comunicação criados (imprensa, telefone, rádio, fax, televisão, internet) trouxeram desafios quanto à regulamentação dos seus efeitos⁴³, contribuindo singularmente à evolução de determinadas áreas do Direito⁴⁴ e levando, inclusive, à criação de novos papéis profissionais ligados exclusivamente a eles, no caso presente, à internet⁴⁵. Esta, no entanto, teve um impacto particular, posterior e de superação aos períodos anteriores, por provocar uma visão própria de mundo, global porém descentralizada, e por propiciar aos seus usuários uma interatividade, em tese, infinita⁴⁶. A natureza da internet, que inerentemente não reconhece fronteiras geográficas ou leis nacionais, impõe um desafio de adaptação maior do que os anteriormente enfrentados⁴⁷.

Altera-se com a criação da rede toda a forma de comunicação humana⁴⁸, ademais, em uma velocidade muito maior do que é possível criar leis ou entendimentos jurisprudenciais com a devida avaliação de suas

⁴² MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 342.

⁴³ PINHEIRO, op. cit., p. 78.

⁴⁴ A célebre obra de Warren e Brandeis, *The Right to Pivacy*, dá conta de demonstrar, por exemplo, como a invenção da máquina fotográfica – inserida em determinado momento histórico – pôde instigar, por primeira vez, o reconhecimento do direito à privacidade, algo que hoje não se cogita viver sem. A respeito ver: BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. *The right to privacy. Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

⁴⁵ PINHEIRO, op. cit., p. 95-96. A autora introduz, por exemplo, os “*numerati*”, que são “uma elite global de cientistas da computação e matemáticos que analisam todos os nossos movimentos através de uma imensa quantidade de dados [disponibilizados e obtidos na internet]”, de forma a conhecer padrões de comportamento e prever decisões e aptidões.

⁴⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 343.

⁴⁷ CAREY, op. cit., p. 204.

⁴⁸ PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade em ambiente da internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000. p. 155-176, p. 155.

consequências e a apreciação de seu próprio desfecho⁴⁹. Ainda assim, as cortes são diuturnamente chamadas a resolver lides por atos lesivos ocorridos na internet⁵⁰. E paradoxalmente, tanto o legislador, quanto o Estado de forma geral, também se utilizam da informática e se deixam influenciar por sua lógica quando da sua apreciação legislativa ou judicial, porque “a informática interage e age com uma amplitude e uma velocidade que universalizam as questões e tornam precário qualquer esforço de estabilização”⁵¹.

Há autores que, diante de tais modificações, identificam nas contemporâneas alterações das relações em massa (dinâmicas, impessoais e efêmeras), e no conseqüente incremento da quantidade de danos possivelmente causados à coletividade, a justificativa para se passar a tratar a Responsabilidade Civil como ‘direito de danos’, caracterizando não somente a proliferação destes, como os novos esforços para a tutela das vítimas⁵².

A função primordial do Direito Digital, dessa maneira, seria a criação e adaptação dos instrumentos necessários para garantir a proteção dos bens mais afetados pelo uso difundido da rede, diga-se: da privacidade⁵³, do direito autoral, do direito de imagem, da propriedade intelectual, da segurança das informações, enfim, todas questões sujeitas às intensas rupturas geradas pelo advento da internet⁵⁴, particularmente porque a imaterialidade do meio em que se perpetuam as condutas danosas faz

⁴⁹ CAREY, op. cit., p. 204.

⁵⁰ CAREY, op. cit., p. 204.

⁵¹ RODRIGUES, Cunha. Informática e reserva da vida privada. In: Congresso Internacional de Comunicação e Defesa do Consumidor, 1996, Coimbra. *Anais...* Coimbra: Faculdade de Direito, 1996, p. 288.

⁵² VENTURI, Thais G. Pascoaloto. *Responsabilidade Civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 43.

⁵³ Especificamente quanto à privacidade, Limberger sugere que devem ser estabelecidas novas soluções à sua tutela, devido à magnitude da possibilidade de armazenamento de informações, sem precedentes (LIMBERGER, Têmis. *Direito e Informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 195-226, p. 199).

⁵⁴ PINHEIRO, op. cit., p. 77.

com que os internautas tenham menos consciência da gravidade dos seus atos⁵⁵.

Nesse sentido, talvez seja certo que as novas tecnologias exigem que o Direito não reste inerte⁵⁶, promovendo mais atenção na proteção dos direitos humanos, e novos mecanismos de fiscalização, porque os antigos já não alcançam os seus propósitos. Todavia, não se pode pretender fazer das novidades tecnológicas um novo sistema jurídico⁵⁷. Não existem, propriamente, ciberdireitos, nem delitos ‘informáticos’, apenas direitos e sua violação por meio de internet⁵⁸.

Nesses trilhos, não havia, nem antes da regulamentação parcial no Brasil do uso da internet pelo Marco Civil (Lei n. 12.965/14), lacuna jurídica para a solução das questões acerca da violação de direitos fundamentais *online*. Haveria, somente, a falta de entendimento de como aplicar as leis em vigor a questões relativamente novas, exigindo assim, um novo esforço de interpretação dos textos normativos vigentes⁵⁹.

Cria-se, diante dessa constatação, esta área eminentemente multidisciplinar, que abrangeria todas aquelas normas que cuidam, de forma ou de outra, da normatização de condutas havidas na (e por conta da) in-

⁵⁵ RICBOURG-ATTAL, Elise. *La responsabilité civile des acteurs de l'internet: du fait de la mise en ligne de contenus illicites*. Bruxelas: Larcier, 2014, p. 14.

⁵⁶ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: marco civil da internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 377-408, p. 403.

⁵⁷ PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na Internet*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 124.

⁵⁸ LEONARDI, op. cit., p. 33. Chien-Fei Li questiona essa conclusão, argumentando que devem existir direitos próprios à internet pois ela estaria sujeita a normas sociais diversas daquelas do mundo ‘real’ (LI, Jeffrey Chien-Fei. Internet Control or Censorship? Comparing models of China Singapore, and the United States to guide Taiwan’s choice. *Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy*, v. XIV, p. 1-43, 2013). No entanto, seu posicionamento é minoritário e, ademais, não leva à conclusão de que deva haver um nosso sistema jurídico para a internet, apenas que as relações *online* devem ser vistas à luz das relações sociais lá desenvolvidas.

⁵⁹ PINHEIRO, op. cit., p. 94-95.

ternet. A responsabilidade civil dos provedores de aplicações, nesse contexto, estará inserida no escopo do Direito Digital, implicando a necessidade de interpretação das normas jurídicas vigentes com vistas à resolução dos novos casos práticos que se apresentam⁶⁰. Primordial, assim, é a ação dos tribunais, ao não só darem o contorno inicial à aplicação do Direito vigente ao mundo virtual, mas também por guiarem o legislador quanto à necessidade de criação, ou não, de novas leis para abarcar certos casos específicos⁶¹.

A internet não pode ser considerada, logo, nem um local de liberdade absoluta e sem regras, nem uma “nebulosa jurídica” regida pela aplicação de um direito próprio⁶², já que ela estará submetida à legislação ordinária de cada país – incluindo, por evidente, o regime clássico de responsabilidade civil⁶³. Da mesma forma, não se deve compreender o ciberespaço como um lugar independente do mundo material, estando as atividades lá desenvolvidas, inseridas na “realidade real” – eis que dela faz parte a “realidade virtual”⁶⁴.

O Direito Digital, portanto, não necessariamente se consubstancia na “criação de uma infinidade de leis próprias”, haja vista que tal legislação seria por demasiado limitada no tempo e no espaço perante o alcance

⁶⁰ PINHEIRO; SLEIMAN, op. cit., p. 25.

⁶¹ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 19.

⁶² RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 25.

⁶³ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 317. Feitas as devidas adaptações ao direito brasileiro: “À ce sujet, Monsieur le professeur Le Tourneau a estimé que « la responsabilité pour faute, des articles 1382 et 1383 du Code Civil, est une technique d’une grande souplesse, et dotée d’une faculté d’adaptation sans pareille aux circonstances inédites »”. Em tradução livre: “Sobre esse assunto, o professor Le Tourneau estimava que ‘a responsabilidade pela *faute*, dos artigos 1382 e 1383 do *Code Civil*, é uma técnica de grande versatilidade, e dotada de uma capacidade de adaptação sem igual às circunstâncias inéditas””.

⁶⁴ BARBOSA, Marco A. Marco Civil da Internet: mercado e estado de vigilância. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III* – Tomo II: marco civil da internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 233-251, p. 235; MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 341. A respeito, acrescenta LEONARDI, op. cit., p. 130, que: “[...] a metáfora da Internet como um lugar é, até hoje, influente e carismática, apesar de profundamente errônea, atrapalhando o desenvolvimento de mecanismos eficazes de regulação e de tutela”.

da internet. O que propõem os estudiosos, pelo contrário, é a aceção, nas cláusulas abertas e nas lacunas tangentes ao ‘mundo’ digital, que o direito possa refletir naturalmente as mudanças comportamentais e culturais da sociedade⁶⁵. Desse modo, garante-se que o direito vigente se adapte aos avanços tecnológicos⁶⁶.

Não menos importante, sugere-se a prevalência da auto-regulamentação, com a informação farta dos usuários acerca das normas que regem e dos riscos que permeiam cada atividade, de onde surgem os elementos que, advindos do Direito Costumeiro, segundo Pinheiro, devem amparar o Direito Digital: a generalidade, a uniformidade, a continuidade, a durabilidade e a notoriedade (ou publicidade)⁶⁷.

4 Marco Civil da Internet

Em que pese a constatação de que seria, em tese, dispensável a criação de novas leis para que seja adequadamente regulamentado o ambiente virtual – dado que o Direito Digital seria suficientemente aberto à multidisciplinidade e à adaptação natural da interpretação das normas – desde 1999 foram enveredados esforços para a normatização das atividades na *web*.

O primeiro deles, causador de acalorados debates e de mobilização social foi o Projeto de Lei n. 84/1999, também conhecido como Lei Azeredo. Visava ele, primordialmente, a combater os crimes cometidos por meio da internet, ao mesmo tempo em que criminalizava diversas condutas, descrevendo-as de forma vaga, e impunha aos provedores deveres de vigilância tão amplos que colocavam em risco a privacidade dos dados dos usuários. Não por acaso a proposta foi intensamente criticada, tendo questionada a sua validade, por ter sido intentada a regulamentação penal antes da regulamentação civil da rede⁶⁸. Como consequência, o projeto apresentado, durante sua votação, sofreu diversas reformas e, aprovado mais de uma década depois como a Lei n. 12.735/2012, serviu apenas para alterar o artigo 20 da Lei n. 7.716/89, que define crimes de racismo⁶⁹.

⁶⁵ PINHEIRO, op. cit., p. 78-79.

⁶⁶ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 141.

⁶⁷ PINHEIRO, op. cit., p. 79-80.

⁶⁸ RIBEIRO, op. cit., p. 160.

⁶⁹ Idem, p. 161.

No mesmo ano foi também sancionada a Lei n. 12.737/2012, conhecida como “Lei Carolina Dieckmann” eis que sua criação foi impulsionada por um ocorrido envolvendo a atriz de mesmo nome. Igualmente voltada a crimes virtuais, a nova legislação promoveu alterações no Código Penal, tipificando delitos ou crimes informáticos⁷⁰.

A percebida lacuna de regulamentação civil não tardou a ser suprida, promulgando-se pouco mais de um ano mais tarde o Marco Civil da Internet, Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, com o intuito de traçar normas para o ambiente virtual, para disciplinar o uso da rede, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres, assim como criando diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria⁷¹.

Em sua formação, que monta a 2009, o projeto de lei foi moldado a partir dos “Princípios para a governança e o uso da internet” do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br)⁷², em um processo democrático de debate (organizado pelo Ministério da Justiça em conjunto com a Fundação Getúlio Vargas) com diversos setores da sociedade. Foi o texto legal defendido e criticado por ampla gama de especialistas, entidades sindicais e populares e partidos políticos de diferentes orientações, partindo de posicionamentos coletivos sobre direitos e deveres na rede⁷³. Não imune a críticas, há quem aponte que mesmo esse processo que inicialmente se

⁷⁰ Idem, p. 162.

⁷¹ Idem, p. 163.

⁷² BEZERRA; WALTZ, op. cit., p. 166.

⁷³ RIBEIRO, op. cit., p. 163-165.

insurgiu ao *lobby* das empresas de telecomunicação⁷⁴ – representadas, então, pelo Sinditelebrasil⁷⁵ –, enfim, refletiu projeto de governo que positivou medidas bastante questionáveis e questionadas, particularmente quanto à responsabilidade civil⁷⁶.

Mesmo assim, o Marco Civil é visto internacionalmente como um passo positivo para a garantia dos direitos dos cidadãos brasileiros e já chegou a servir de inspiração para a elaboração de uma Declaração de Direitos para a Internet pelo governo italiano – dele diferindo por não ser uma lei, mas apenas uma carta de princípios voltada a orientar a futura produção legislativa e a resolução de controvérsias judiciais presentes⁷⁷.

Em seu texto, a lei brasileira se preocupa em garantir de forma expressa, principalmente: a neutralidade da internet, pela previsão de não discriminação da velocidade ou da quantidade de pacotes de dados alocados para cada provedor dentro da velocidade contratada pelo usuário da rede; a proteção à privacidade dos indivíduos, pela proibição de venda dos dados pessoais dos usuários sem a sua anuência⁷⁸, dentre outras medidas; e a regulamentação da responsabilização dos agentes da internet por danos causados pelos conteúdos criados por terceiros.

⁷⁴ Segundo Martins e Longhi, Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 345-346: “Lamentavelmente, o ‘lobby’ formado pelos próprios operadores econômicos do setor teve presença marcante nas discussões sobre o anteprojeto, ameaçando conquistas alcançadas de maneira gradual, em detrimento do interesse público, especialmente em matéria de responsabilização dos provedores, onde se visualizam hoje os maiores problemas decorrentes dos vícios e acidentes de consumo nas redes sociais virtuais, sobretudo haja vista a abrangência da norma do artigo 17 da Lei 8.078/1990, que equipara aos consumidores todas as vítimas do evento (*‘bystanders’*)”. Coimbra, que é defensor das medidas adotadas pelo Marco Civil, ainda acrescenta que, na criação da referida lei parece ter havido influência também do *lobby* da indústria criativa, tendo em vista a injustificada inclusão, a seu ver, da exceção à regra da notificação judicial às violações de direitos autorais (COIMBRA, Luiz Fernando Santos Lippi. O marco civil e a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por atos ilícitos de terceiros. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 1, n. 3, p. 999-1022, 2015, p. 1003).

⁷⁵ BARBOSA, Marco A. Op. cit., p. 236-237.

⁷⁶ BARBOSA, Marco A. Op. cit., p. 249.

⁷⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar, 2016, p. 34.

⁷⁸ Esta previsão tem sua eficácia questionada na medida em que a autorização fornecida pelos usuários é quase sempre automática por meio da aceitação dos

Mérito maior a si reconhecido foi o de instituir no Brasil um primeiro marco regulatório da privacidade e do tratamento de dados pessoais no ambiente em rede⁷⁹. Por outro lado, traz ele diversos pontos polêmicos, motivo pelo qual, mesmo após a sua aprovação, discussões se travaram (e travam) quanto a seus impactos práticos e finalidade, tendo em vista que, de um lado, em tese, impõe obrigações de neutralidade bastante graves aos provedores de serviços de internet⁸⁰, porém, de outro, os exime de responsabilidade pelos danos causados pelos usuários, criando o que já vem sendo chamado de “princípio da inimputabilidade” da rede. Alardeada como garantia da liberdade de expressão – posição que em si é amplamente contestada pela doutrina nacional⁸¹ –, a responsabilidade por conteúdos gerados por terceiros é uma das questões mais controversas e inovadoras (em relação à legislação anterior e à jurisprudência que se consolidara) no tocante ao Marco⁸².

‘termos de uso’ dos serviços na internet, não havendo real escolha de sua parte a respeito da concordância com a venda de seus dados pessoais. Nas palavras de Barbosa: “[a previsão do Marco Civil da Internet] possibilita que as grandes empresas que atuam na internet continuem comercializando dados de usuários, já que o tal consentimento, quase sempre, se dá de forma disfarçada, por [sic] para acessar determinado aplicativo, o mais comum é que o usuário automaticamente aceite seus termos de uso e com isso disponibiliza seus próprios dados e autoriza que a empresa dona desse aplicativo faça o que quiser com ele de modo que os gostos pessoais, hábitos, enfim, a privacidade poderá continuar sendo comercializada sem que o usuário saiba ou tenha qualquer controle sobre isso” (BARBOSA, Marco A. Op. cit., p. 244).

⁷⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 344.

⁸⁰ Cabe aqui a ressalva de que esta denominação é utilizada para se referir a todos os serviços afeitos à internet, sejam eles de conexão (anterior ao efetivo uso da rede), ou de aplicações.

⁸¹ A respeito, esclarece Barbosa que a consequência da inimputabilidade não seria necessariamente a liberdade de expressão, dado que as empresas continuam se guardando a prerrogativa de excluir e alterar informações dos usuários conforme seus próprios interesses. Na realidade, o impacto da medida é sentido, principalmente, na redução da proteção dos usuários da rede contra condutas abusivas de terceiro (BARBOSA, Marco A. Op. cit., p. 244).

⁸² BARBOSA, Marco A. Op. cit., p. 243-244.

5 Provedores de Serviços de Internet

Provedores (também chamados de ISPs, ou *internet service providers*), no contexto da internet, são os atores responsáveis por promover determinadas atividades relacionadas ao mundo virtual; em outras palavras, são os fornecedores da diversa gama de serviços disponíveis na, e para a, rede⁸³. Conforme a especificidade daquilo que propiciam, podem tais provedores ser divididos em categorias próprias (apesar de por vezes o mesmo ator se encaixar em mais de uma categoria)⁸⁴, sendo comum classificá-los como provedores de acesso, de serviços e de conteúdos⁸⁵, ou de *backbone*, de acesso e de informações⁸⁶— e havendo, porém, outras classificações mais abrangentes que são igualmente aceitas e adotadas na doutrina nacional⁸⁷.

No presente estudo, opta por se utilizar a nomenclatura de “provedores de serviços”, até por seu caráter abrangente, como gênero do qual as demais subdivisões e classificações dos atores da internet (geralmente com base em sua finalidade, como se viu) seriam espécies.

O Marco Civil da Internet, por sua vez, realizou a divisão de provedores de serviços (segundo a nomenclatura aqui adotada) em apenas duas categorias, quais sejam, provedores de conexão e de aplicações.⁸⁸

⁸³ CAREY, op. cit., p. 206.

⁸⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 337. Leonardi, no mesmo sentido, alerta que boa parte dos provedores de serviços de internet funcionam dentro de quase todas as categorias simultaneamente (excluída a de provedor de *backbone*) (LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 21).

⁸⁵ PINHEIRO, op. cit., p. 140-157.

⁸⁶ Essa é a divisão proposta inicialmente pela Rede Nacional de Pesquisa veiculada no Guia do Usuário Internet/Brasil (COLAÇO, Hian Silva. *Responsabilidade civil dos provedores de internet: dialogo entre a jurisprudência e o marco civil da internet*. *Revista dos Tribunais*, v. 957, p. 109-134, jul. 2015, p. 112).

⁸⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 337.

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 12965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014.

Seriam os provedores de conexão identificados com os provedores de acesso à internet, que são aqueles que promovem a conexão dos usuários, por meio de blocos de endereços de IP específicos e sistemas autônomos de roteamento cadastrados no ente nacional responsável, com a internet⁸⁹. Com efeito, o Marco Civil conceitua a conexão como “a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP”⁹⁰ – ao provedor de conexão caberia fazê-lo. Adianta-se, de pronto, que não se atribui a eles a responsabilidade pelos conteúdos gerados pelos usuários, tendo em vista tratarem apenas do veículo físico que liga os internautas ao mundo virtual.

Já os provedores de aplicações englobariam os demais provedores de serviços, como os de conteúdo. São estes, justamente, que interessam ao cerne do presente estudo, por ser em relação a eles que se discute a possibilidade de responsabilização pelos atos de terceiros.

5.1 Provedores Conexão

A dinamicidade das relações sociais exigiu dos tribunais brasileiros que realizassem, para solução dos casos concretos que a si foram apresentados, uma classificação inicial dos provedores de serviços de internet antes da promulgação do Marco Civil. Com base na doutrina especializada, assim, o Superior Tribunal de Justiça sistematizou a divisão das atividades dos provedores, classificando os de conexão em: provedores de *backbone* (espinha dorsal) e provedores de acesso.

Como se esclareceu anteriormente, por terem sua atividade limitada ao período anterior à efetiva utilização da internet, apenas fornecendo os meios para tanto, tais provedores não serão responsabilizados pelos conteúdos gerados na rede – o que é enunciado, inclusive, pelo Marco Civil da Internet, em seu artigo 18. Assim, faz-se breve explicação de sua atuação apenas para o fim de garantir a completude deste estudo.

⁸⁹ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., p. 21.

⁹⁰ BRASIL. Lei nº 12965... cit.

5.1.1 Provedores de *Backbone*

Provedores de *backbone* representam o primeiro nível de uma rede de computadores, consistindo nas estruturas físicas pelas quais se transmitem os dados da internet e que permitem a conexão à rede⁹¹. Detêm eles os servidores e cabeadamentos necessários para a distribuição e o processamento de um grande volume de informações, sendo, portanto, responsáveis pela conectividade da internet. É essa infraestrutura que será utilizada pelos provedores de acesso para permitir que os usuários finais possam se conectar à rede⁹². Realizando o suporte de toda a *web*, são eles chamados de ‘espinha dorsal’ da internet.

Devido ao seu papel primordial, nota conjunta do Governo Federal com a Rede Nacional de Pesquisa (primeira provedora nacional de *backbone*) dispôs ser facultado aos provedores de acesso escolher a quais espinhas dorsais desejam se conectar, podendo criar novas redes de caráter privado, de âmbito nacional ou internacional⁹³. Buscou-se estimular, assim, o desenvolvimento de um mercado amplo e flexível de provedores de *backbone*.

5.1.2 Provedores de Acesso

Provedores de acesso, por sua vez, são aqueles que realizam a intermediação entre os provedores de *backbone* e os usuário da rede, sejam estes outros provedores de aplicações ou usuários finais. Adquirem eles a infraestrutura dos provedores de espinha dorsal (ou a possuem, se sua atu-

⁹¹ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 337.

⁹² STJ. *REsp 1.193.764/SP*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 14 de dezembro de 2010. Com as escusas necessárias, por uma questão de opção de estilo, e por mais apropriado à ciência jurídica, as referências a decisões judiciais serão simplificadas, dando destaque de autoria ao tribunal julgador (“STJ. *REsp* [...]”), e não à jurisdição (“BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. [...]*”).

⁹³ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., p. 22.

ação também englobar aquela) e a revendem, possibilitando aos adquirentes a conexão – agem como intermediários entre o equipamento do usuário e a internet⁹⁴.

Sua atividade, assim como a dos provedores de *backbone*, é, portanto, anterior ao efetivo uso da internet, apenas fornecendo as condições físicas e tecnológicas para o transporte de dados e enfim garantindo a conectividade⁹⁵.

5.2 Provedores de Aplicações

Da mesma forma como os provedores de conexão, preocupou-se a doutrina também a fornecer uma classificação mais detalhada do que o Marco Civil da Internet convencionou por chamar de provedores de aplicações. Sendo a controvérsia cerne do presente estudo centrada nas formas de responsabilização destes, portanto, cabe dissecá-la como aqui se propõe. Os provedores de aplicações de internet serão então divididos entre: provedores de hospedagem, provedores de informação, provedores de conteúdo, provedores de comércio eletrônico, provedores de correio eletrônico e provedores de pesquisa.

5.2.1 Provedores de Hospedagem

Provedores de hospedagem são responsáveis por armazenar dados de terceiros, conferindo-lhes acesso e possibilidade de edição de forma remota⁹⁶. Em resumo, são eles que proporcionam ao usuário o espaço para criar suas próprias páginas virtuais e para a estocagem de sinais, escritos, imagens, sons e mensagens dos internautas, para futura divulgação. Funcionam como intermediários entre os provedores de conexão e os provedores de conteúdo, destinando-se a dar suporte aos *sites* de terceiros⁹⁷.

Dentre os provedores de hospedagem podem-se incluir, também aqueles que permitem a guarda de documentos, sem intenção de sua divulgação: são os serviços de *cloud storage*, ou seja, de armazenamento na

⁹⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 340.

⁹⁵ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 282-283.

⁹⁶ STJ. *REsp 1.193.764/SP...* cit.

⁹⁷ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 170; MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 340.

‘nuvem’ – ou seja, de armazenamento de arquivos na internet para acesso remoto e proteção contra possíveis perdas geradas por falhas nas máquinas de trabalho (*hardware*). Trata-se de uma atuação absolutamente passiva, sem realização de edição⁹⁸, ou mesmo tomada de conhecimento acerca do conteúdo estocado. Este, por sua vez, pode ser dotado, até mesmo, de caráter sigiloso, acaso isso tenha sido acordado contratualmente, ou que o sigilo decorra da própria atividade, conforme o ditame constitucional da proteção das comunicações e proteção da privacidade⁹⁹.

Há controvérsia de relevo acerca da inclusão das redes sociais nesta categoria de provedores. Autores como Martins, Longhi e Colaço, por exemplo, classificam-nas desta maneira, porém sem fornecerem maiores detalhes acerca das diferenças entre estes e os provedores de conteúdo¹⁰⁰. O mesmo ocorre em relação à doutrina francesa, contudo tal classificação, lá, se justifica pelo motivo de, naquele país, haver um tratamento diferenciado entre atores tradicionais da imprensa (característicos da *web* 1.0, ou *web* estática) e redes sociais (da *web* 2.0, chamada de *web* dinâmica)¹⁰¹; fazer a referida separação, assim, foi a forma que se encontrou de tratar desses diferentes atores em grupos separados, não necessariamente reconhecendo nas redes sociais alguns fatores determinantes na classificação que aqui se elucida (dos provedores de hospedagem).

Considerando o objetivo deste trabalho, bem como a proposta final de responsabilização diferenciada dos diversos provedores conforme as suas atividades; assim como considerando as particularidades identificadas no estudo dos diferentes provedores de aplicações, aqui se opta por, ao contrário dos exemplos acima, mas também seguindo boa parte da doutrina especializada, posicionar as redes sociais como provedores de conteúdo, categoria tratada mais à frente, juntamente com uma análise mais detida acerca das redes sociais, a partir da pág. 45.

⁹⁸ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 171.

⁹⁹ AZEREDO, João Fábio A. Sigilo das comunicações eletrônicas diante do Marco Civil da Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III* – Tomo II: marco civil da internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 211-231, p. 212.

¹⁰⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 347-361. COLAÇO, op. cit., p. 4.

¹⁰¹ RICBOURG-ATTAL, op. cit.

Feita essa ressalva, como se vê, estes provedores [de hospedagem] se enquadram como provedores de aplicações eis que suas atividades se desenvolvem já no mundo virtual, sendo atores da internet. Por essa razão cogita-se, nacional e internacionalmente, a sua responsabilização pelos conteúdos gerados por terceiros, quais sejam, aqueles que utilizam seus serviços para criar *sites* de conteúdos ilícitos.

5.2.2 Provedores de Informação

Provedores de informação são aqueles que criam, de fato, as informações que são divulgadas na internet. Sua atuação pode ser iniciada fora do mundo virtual, porém ela se materializa por meio dos provedores de conteúdo, quando enfim serão acrescentadas à rede as informações.

Serão considerados provedores de informação, assim, tanto os pesquisadores e jornalistas que escrevem matérias e artigos para serem acessados *online*, quanto usuários que comentam tais conteúdos ou que participam ativamente nas redes sociais e *sites* em geral.

Nesta categoria, especial destaque merecem os atualmente chamados influenciadores digitais, que em geral são donos de *blogs* e *vlogs* (espécies de diários virtuais que alcançaram, com o desenvolvimento do uso da *web*, a condição de verdadeiros negócios¹⁰²), com presença marcada e relevante em diversas redes sociais. Os *influencers*, como também são conhecidos, usam tais recursos de forma profissional e, possuindo suas comunicações enorme alcance, detêm a capacidade de influenciar um grande número de pessoas ao expor suas opiniões e sugestões.

Esclarece-se, assim, que os provedores de informação podem ser, ou não ser, profissionais, assim como podem sofrer, ou não sofrer, editoração pelos provedores de conteúdo (que serão mencionados a seguir). Da mesma forma, muitos provedores de informação podem, ao mesmo tempo, agir também como provedores de conteúdo, ao, por meio de um provedor de hospedagem, obter o seu próprio domínio, ou página, na internet. É o caso, por exemplo, de uma pessoa física que, ao invés de se manifestar na internet por meio de publicações em uma rede social, adquire um espaço de armazenamento virtual acessível na *web* que utiliza para divulgar seus textos. É também o caso dos veículos de imprensa que possuem *websites* próprios em que divulgam suas notícias, notadamente agindo, simultaneamente, como provedores de informação e de conteúdo.

¹⁰² PINHEIRO, op. cit., p. 430-437.

Havendo um caminho direto entre o provedor de informação e o eventual ofendido, acaso seja danosa a informação disponibilizada, por evidente, será o caso de responsabilizá-lo pela indenização decorrente. Assim, nos exemplos anteriores, o estabelecimento da responsabilidade no caso da pessoa física que utiliza de seu *website* pessoal para cometer ilícitos danosos, ou do veículo de imprensa que publica em sua página eletrônica reportagem inverídica e caluniosa que também gere algum dano, é pacífica – eis que não se fala, então, da responsabilidade por ato de terceiro. A questão cogitada no presente trabalho (acerca da responsabilização dos provedores por conteúdo gerado por terceiro) só terá importância quando a informação for disponibilizada por meio de um provedor de conteúdo autônomo, e não quando houver confusão entre os dois papéis.

5.2.3 Provedores de Conteúdo

Seguindo a ordem lógica acima delineada, chega-se aos provedores de conteúdo, que têm a sua atividade inteiramente desenvolvida na rede, sendo atores extremamente relevantes para o uso da internet. Tratam-se eles dos responsáveis por disponibilizar na *web* as informações criadas pelos provedores de informação (os quais, como se explicou, podem ser os próprios usuários finais da rede, ao realizarem comentários em fóruns e em *sites* de revistas, ou quando participarem ativamente das redes sociais). A principal função deste provedor, portanto, é coletar, manter (em servidores próprios ou em serviços de provedores de hospedagem) ou organizar as informações para acesso oneroso ou gratuito dos internautas¹⁰³.

Pode-se exemplificá-los citando os *sites* de notícias, as revistas eletrônicas, as redes sociais, os fóruns e portais de informações em geral: as informações por eles disponibilizadas são, em muitas vezes, criadas por terceiros, sendo sua função apenas a disponibilização dos conteúdos. Os fóruns e os portais que permitem a interação dos usuários, para tanto, exigem muitas vezes, uma forma de registro, com a criação de um nome de usuário, um pseudônimo virtual, ou o fornecimento de um endereço eletrônico válido, para que então se possa participar ativamente do *site* – esse

¹⁰³ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 338-339.

uso é então governado por termos e condições de uso, bem como podem ser (e geralmente são) submetidos à moderação de conteúdos¹⁰⁴.

Dentre os provedores mencionados, têm as redes sociais especial destaque, por conta de sua atual relevância na internet – por serem o engenho que fez iniciar a segunda onda das comunicações *online*, conhecida como *web 2.0* – e devido a, em geral, possibilitarem maior intercâmbio do usuário com a rede e com terceiros¹⁰⁵.

Antes de mais nada, são elas uma alegoria que representa um feixe de relações humanas, porém virtualmente formadas e mantidas; uma metáfora dos padrões de conexão dos grupos sociais transportado para a rede¹⁰⁶, onde possuem muito maior alcance. Em resumo, são elas comunidades virtuais, cada qual com recursos próprios que as diferenciam das demais, que visam a reunir os usuários para a troca de mensagens, fotos, vídeos, comentários, possibilitando a sua interação¹⁰⁷. Em geral, permitem elas: (a) a construção de um perfil público ou semipúblico em um sistema predeterminado; (b) a articulação de diversos usuários possibilitando a comunicação entre eles; (c) o compartilhamento de listas de contatos e acesso a contatos de outros usuários por meio do próprio sistema já estabelecido¹⁰⁸.

Os ‘perfis’ dos internautas criados nessas redes, a seu turno, consistem em uma representação *online* da personalidade do sujeito; uma nova forma de expressão e de delimitação do seu *eu* – gozando do mesmo nível de tutela, conseqüentemente, dos demais direitos da personalidade, eis que a cláusula geral da tutela da pessoa impõe a sua proteção em quaisquer facetas¹⁰⁹.

¹⁰⁴ CAREY, op. cit., p. 207. Nota-se que é majoritária, nos provedores de hospedagem, a moderação de conteúdos que infrinjam direitos autorais.

¹⁰⁵ PINHEIRO, op. cit., p. 430-431.

¹⁰⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 347-348.

¹⁰⁷ PINHEIRO, op. cit., p. 430.

¹⁰⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 347.

¹⁰⁹ Idem, p. 340; MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 362; RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Org., seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 116.

Para uso das redes sociais, assim como se esclareceu no tocante a fóruns e portais interativos, requer-se a identificação prévia do usuário e a sua concordância com termos e condições de serviço, podendo as suas contribuições ser supervisionadas, suprimidas ou moderadas pelos gerenciadores das redes, acaso não estejam de acordo com as políticas da empresa¹¹⁰.

Por vezes, estes provedores de conteúdo agirão também como provedores de correio eletrônico e como provedores de pesquisa, de modo que algumas das classificações propostas incluem todos sob a mesma nomenclatura¹¹¹. Serão aqui estudados, no entanto, de forma apartada, por suas particularidades – isso tanto por uma necessidade de sistematização do estudo, como pela compreensão de que tais construções didáticas abstratas permitem justamente compreender, na análise de determinado caso concreto, os diferentes graus de atuação de um provedor em cada categoria.

Cabe também mencionar, entre os provedores de conteúdo, os *blogs*. Seu nome vem da abreviação da palavra *weblog* (sendo *log* um termo utilizado originalmente para descrever diários de bordo de navios e aviões para relato de informações importantes¹¹²), sendo eles tratados, inicialmente, como diários particulares, para expor opiniões sobre diversos assuntos e disponibilizar textos autorais – com o passar do tempo, alguns desses *sites* passaram também a agregar conteúdos mais sérios, política e socialmente relevantes e passando a ocupar o lugar de publicações tradicionais respeitadas¹¹³. Neles, as publicações são normalmente feitas cronologicamente, facilitando o acesso dos usuários, e são disponibilizadas de foram escritas, por fotos, vídeos ou áudios (conhecidos como *blogs*, *fotologs*, *vlogs* e *podcasts*, respectivamente).

Atualmente alguns *blogs* chegam a possuir tamanho tráfego que se tornaram atividade profissional de jornalistas e de influenciadores digitais, mencionados anteriormente, o que leva ao questionamento acerca da sua responsabilidade pelo risco da atividade desenvolvida, ao permitirem

¹¹⁰ CAREY, op. cit., p. 207.

¹¹¹ STJ. *REsp* 1.193.764/SP... cit.

¹¹² SLEIMAN, Cristina M. Utilização das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação no Senac São Paulo. *4ª Conferência Ibero-Americana em Sistemas, Cibernética e Informática*, 2005, Orlando/FL.

¹¹³ CAREY, op. cit., p. 207.

a interação de usuários por meio de comentários que potencialmente virão a causar danos a terceiros.

Por fim, próprias do mundo virtual são as *wikis*, enciclopédias de colaboração em massa – estrutura típica do aproveitamento da internet como ferramenta de geração de conhecimento a baixo custo¹¹⁴ –, que podem, ou não, sofrer editoração de seus criadores mas que, todavia, têm seus artigos e verbetes adicionados e modificados pelos próprios usuários. Novamente, pode-se questionar acerca da sua responsabilidade, por ser o serviço por elas prestado ocasionador de riscos aos internautas.

5.2.4 Provedores de Comércio Eletrônico

A classificação dos provedores de aplicações como provedores de comércio eletrônico não é usual. Em geral, seriam estes agregados com os provedores de conteúdo ou de hospedagem, a depender do grau de interferência nas atividades desenvolvidas pelos seus usuários. Causa espécie, no entanto, que estes não tenham sido tratados de forma separada pelo Marco Civil da Internet, tendo em vista a grande subdivisão interna que tem ocorrido entre os operadores de comércio *online*, assim como a crescente regulamentação no mundo das atividades de consumo na internet. Parece útil, portanto, realizar a sua individualização.

Nesta categoria estariam inseridos tanto os *e-commerces* (como são chamados os comércio eletrônicos na internet) que atuam diretamente na *web* – ou seja, fornecedores de serviços e de produtos que possuem *site* para a comercialização de suas próprias mercadorias –, como aqueles que funcionam como intermediadores de atividades comerciais, conectando, de um lado, o consumidor, e, de outro, o fornecedor do bem ou do serviço.

Aqui estar-se-ia diante, simplificada, de lojas virtuais e de fornecedores de intermediação – *marketplaces*, *sites* de leilão, *sites* de compras coletivas e plataformas de economia participativa. As primeiras, como o nome já indica, representam a forma mais tradicional de comércio transplantada à rede. Por meio delas ocorre a compra e venda de bens e serviços numa relação direta entre fornecedor e consumidor.

Já os fornecedores de intermediação atuam disponibilizando a plataforma e o sistema de venda desenvolvido para a negociação de produtos

¹¹⁴ PINHEIRO, op. cit., p. 447.

e serviços por terceiros¹¹⁵. Especificamente, *marketplaces* funcionam mais como *shoppings*, promovendo a reunião de diversos comércios eletrônicos ou de produtos de diferentes fornecedores em um único espaço virtual, visando normalmente facilitar a busca e a comparação de produtos e de preços por parte dos consumidores. Os *sites* de leilão são como *marketplaces*, mas permitem aos consumidores fazer lances de preços para os produtos ofertados dentro de um prazo determinado (como ocorre em leilões). *Sites* de compras coletivas também são espécies de *marketplaces*, mas oferecem exclusivamente produtos em oferta, desde que um número pré-determinado de consumidores potenciais decidiam por adquirir o bem ofertado dentro da limitação de tempo imposta. Ocorre, nesses casos, algo como uma negociação coletiva por meio do *site*, em que o fornecedor aceita vender a mercadoria ou prestar o serviço a um preço baixo, condicionando esta venda ou prestação à aquisição da quantidade mínima ofertada aos consumidores¹¹⁶.

Por fim, plataformas de economia participativa são aquelas que promovem a conexão e a logística entre usuários particulares que pretendem fazer transações *online* de igual para igual (ou *peer-to-peer*). São, logo, ferramentas de aproximação entre pessoas físicas para a troca de bens e serviços sem caráter profissional ou de fornecimento.

Além desses, podem existir outras formas de comércio eletrônico, os quais seriam, assim, inseridos nesta categoria, não se excluindo a possibilidade, também, de haver combinações entre os provedores acima descritos.

5.2.5 Provedores de Correio Eletrônico

Apesar de não haver no Marco Civil da Internet a denominação “provedores de correio eletrônico”, tal categoria pode ser reconhecida a partir da atuação doutrinária¹¹⁷. Esta categoria, todavia, não foi integral-

¹¹⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos conexos de consumo na internet: fornecedores de intermediação e sites de compras coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 22, n. 85, p. 177-206, jan./fev. 2013, p. 8.

¹¹⁶ *Idem*, p. 9.

¹¹⁷ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit.; MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit.

mente acolhida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, agrupando-a aos provedores de conteúdo. Não obstante, tem importância a sua conceituação teórica de forma apartada dos demais, devido às diferentes expectativas e consequências jurídicas de sua atividade.

Correspondem, estes, àqueles provedores que fornecem ao usuário um ambiente de acesso exclusivo, por meio de senha, para o recebimento e envio de mensagens¹¹⁸. As comunicações virtuais são trocadas por meio de uma aplicação conhecida como *e-mail* (*electronic mail*), ou correio eletrônico, criada em 1971 pelo norte-americano Ray Tomlinson¹¹⁹.

Semelhante à correspondência física tradicional, o correio eletrônico se diferencia dessa, dentre outras questões, pela variabilidade do número de receptores de cada mensagem conforme a escolha do remetente¹²⁰, e pelas peculiaridades da forma de difusão do conteúdo, que depende de “pacotes aleatórios” de dados, transmitidos por diversos caminhos na rede e enfim reagrupados em seu destino. O fato de a correspondência eletrônica se dar de forma virtual também permite que sejam enviados não apenas textos entre os usuários, mas também imagens, sons, vídeos e ligações (*hiperlinks*) para outros *sites* da internet¹²¹. O *e-mail*, enfim, se aproxima da correspondência tradicional, pela presença de intermediários responsáveis por transmitir e receber os conteúdos.

Mesmo visando a segurança da informação, o tráfego de dados na internet dificulta a manutenção de sigilo e privacidade integrais dos conteúdos transmitidos, o que por sua vez pode significar até mesmo a impossibilidade de garantia da proteção constitucional de sigilo das comunicações¹²². Ainda assim, tem-se reconhecido aos usuários a razoável expectativa de sigilo, a qual é imposta a estes provedores.

¹¹⁸ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit.

¹¹⁹ PINHEIRO, op. cit., 220.

¹²⁰ AZEREDO, op. cit., p. 222. Explica o autor que: “Sobre isso, a doutrina já citada demonstra que o inciso XII [do art. 5º da Constituição Federal] tutela a liberdade de negação que garante ao indivíduo a discricionariedade de não emitir pensamento, exceto para número reduzido de interlocutores [...]”.

¹²¹ CAREY, op. cit., p. 207.

¹²² PINHEIRO, op. cit., 219-220.

Além dos endereços eletrônicos facilmente identificáveis como tais (caracterizados pelo símbolo de “@” que separa o endereço do indivíduo do endereço do provedor), são classificados como correio eletrônico também aquelas comunicações que se dão no seio de outro serviço virtual, desde que eles possuem áreas de uso privativo do internauta, reunindo-se as mensagens em caixas de entrada privadas¹²³.

O ponto de maior divergência assim, na classificação dos provedores de correio eletrônico, estaria na qualificação dos serviços de mensagens instantâneas (*chat*), que mais se assemelham ao uso de aparelhos de comunicação tais quais o telefone, do que daqueles de envio e recebimento da mensagem de forma diferida (como o correio). Podem alguns sistemas de mensagem instantânea fornecer até mesmo meios para comunicação por imagem e voz¹²⁴. Não se aventa realizar tal classificação neste estudo, pela impertinência com o objetivo do trabalho – bastando para fins de responsabilização igualá-los aos correios eletrônicos –, ainda assim é de se reconhecer a curiosidade da matéria, tendo em vista que, diferentemente de outras comunicações que permitem recepção e resposta instantânea, os sistemas de *chat* podem funcionar a um só tempo também como correio eletrônico com recebimento diferido, o que vem a ter consequências práticas, por exemplo, quando se estuda a realização de proposta a pessoa ausente ou presente, conforme o Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002).

5.2.6 Provedores de Pesquisa

Finalmente, podem ser chamados de provedores de pesquisa aqueles cuja atividade se restringe a procurar, na *web*, por determinada informação requerida pelos usuários, e fornecer os resultados existentes. Se um usuário pretende acessar um *site*, mas não conhece seu domínio (endereço eletrônico), pode ele se valer do serviço de um provedor de pesquisa, fornecendo palavras, frases ou outros materiais que possam ser comparados com as informações presentes na internet, para que se encontre aquele local procurado¹²⁵.

¹²³ Idem, p. 222.

¹²⁴ CAREY, op. cit., p. 207.

¹²⁵ Ibidem.

Sua atividade, portanto, não cria dados nem tampouco é, primariamente, veículo de divulgação de informações de terceiros, mas sim, funciona como um catálogo dos conteúdos disponibilizados por outros provedores. Por vezes, serão eles tratados como sistemas de indexação¹²⁶.

Apesar de, usualmente, serem os provedores de pesquisa agrupados aos provedores de conteúdo¹²⁷, como espécie daquele gênero, tratá-los em categoria apartada permite visualizar os mecanismos que lhe são inerentes, reconhecendo, ou não, maior ou menor responsabilidade em relação a danos causados pelos conteúdos resultantes das suas buscas.

B Evolução da Responsabilidade Civil e sua Aplicação à Internet

Já familiarizado o leitor com os atores da internet, caberá explicar onde se encaixa o advento da internet na evolução da teoria clássica da Responsabilidade Civil, para que possa esta ser utilizada de parâmetro de comparação para as mudanças operadas pela jurisprudência e pela iniciativa legislativa brasileira no que diz respeito à responsabilização dos provedores de aplicações, tanto para sua compreensão, quanto para possibilitar a crítica.

Faz-se isso por meio do breve apanhado histórico-evolutivo da Responsabilidade Civil, com vistas a demonstrar, ainda, a sua aparente tendência, diante de transformações sociais geralmente decorrentes da adoção de novas tecnologias que rompem com os requisitos originais da matéria, para privilegiar a indenização dos ofendidos, em detrimento da segurança absoluta acerca da existência de culpa do ofensor (sendo esta, inclusive, dispensada a partir da adoção da teoria do risco).

1 Delimitação do âmbito de atuação da Responsabilidade Civil

Responsável é aquele que, violando determinada norma (escrita ou não), deverá sofrer as consequências de tal violação. Este é, de forma extremamente reduzida e simplificada, o escopo de estudo da matéria da responsabilidade; ou seja, definir quem deverá suportar os resultados e

¹²⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 330.

¹²⁷ ANDRIGHI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via Internet. *Revista do TST*, Brasília, v. 78, n. 3, p. 64-75, jul./set. 2012, p. 3.

obrigações decorrentes da violação de deveres de conduta previamente estabelecidos. Demasiado grave a tarefa de conceituar a responsabilidade civil¹²⁸, será suficiente a este estudo esclarecer o seu âmbito de atuação. Destaca-se que os diferentes aspectos desta responsabilidade dependerão, então, do plano em que o homem responsável desenvolve a sua atividade¹²⁹.

Assim, diferencia-se, num primeiro plano, a responsabilidade jurídica daquela meramente moral – fazendo-se a ressalva de que, em sua origem, a palavra “responsabilidade já tinha uma acepção preeminente-mente jurídica”¹³⁰. Por evidente, a inclusão de um fato sob o título da responsabilidade moral não o exime, em princípio, do âmbito de atuação da responsabilidade jurídica, e vice-versa. A um só tempo podem-se violar normas morais e jurídicas. Estas, no entanto, são mais restritas do que aquelas e somente acionarão a responsabilidade diante da figura do pre-juízo. Eis aí o ponto de cisão da investigação.

Ao moralmente responsável se indagará não acerca das consequên- cias práticas de seu ato, mas sim do seu reflexo sobre o próprio agente, seja pelo sentimento de culpa advindo do respeito a alguma divindade (para os crentes), ou pela violação sentida a um princípio de consciência do sujeito. Indaga-se o “estado de alma do agente”¹³¹. É o simples pensa- mento que induz esse tipo de responsabilidade, de forma a escapar ao campo do direito¹³². Bem se sabe, em que pese nos primórdios da civili- zação ter-se confundido a responsabilidade moral e a jurídica, ao direito importarão aquelas condutas que de alguma maneira coloquem em risco

¹²⁸ Destaca Caio Mário da Silva Pereira que nem os clássicos autores da matéria chegam a um consenso quando tentam enunciar o seu conceito (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 10).

¹²⁹ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual. e amp. por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-3.

¹³⁰ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil... cit.*, p. 24.

¹³¹ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 4.

¹³² Não à toa consagra-se em nossa Constituição Federal, a partir do reconheci- mento dos direitos humanos na esfera internacional, o direito fundamental da li- berdade de consciência e de crença, em seu artigo 5º, VI. De fato, não é necessária a responsabilização jurídica para que haja o sentimento de culpa moral, nem tam- pouco deverá o agente sentir-se culpado moralmente para que seja responsabili- zado juridicamente por seus atos.

a harmonia das relações entre os indivíduos – que corresponde ao seu campo de atuação¹³³.

A responsabilidade jurídica, por sua vez, sofrerá nova cisão tendo em vista a natureza dos danos que sejam infligidos à ordem social pelo agente. De um lado, o prejuízo advirá apenas ao indivíduo, de outro, à coletividade – ou à coletividade e ao indivíduo em conjunto. Este leva a uma reação que tem como intuito principal impedir que o autor do dano volte a afetar o equilíbrio social, ou que sua ação seja replicada por outros membros da coletividade. Já a reação àquele (dano ao indivíduo) é voltada à simples reparação da repercussão do dano privado¹³⁴.

Aqui se identifica a separação entre o direito penal e o direito civil. Novamente, não se pode dizer que a responsabilidade penal não tenha efeitos no campo civil¹³⁵, ou que a responsabilidade civil não possa conter elementos tipicamente penais – referência se poderá fazer ao suposto caráter sancionatório da indenização por danos morais¹³⁶, em que pese bastante contestado¹³⁷. De todo modo, diferenciam-se as consequências de cada forma de responsabilização, aquelas tendo caráter de pena (inclusive contra a liberdade do indivíduo) e estas de retorno das partes aos *status quo ante*; ademais dos próprios critérios de imputabilidade do agente, os penais sendo mais exigentes do que os civis¹³⁸. A responsabilidade civil é, sempre, uma obrigação de reparar danos causados à pessoa ou ao patrimônio de outrem¹³⁹.

¹³³ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 4-5.

¹³⁴ Idem, p. 5-9.

¹³⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 540.

¹³⁶ Idem, p. 461-463.

¹³⁷ A exemplo de Maria Celina Bodin de Moraes, José de Aguiar Dias, Francisco Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva, Orlando Gomes (MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004, p. 47), Sérgio Severo e Humberto Theodoro Júnior (MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005, p. 30).

¹³⁸ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 5-9; NORONHA, op. cit., p. 533.

¹³⁹ NORONHA, op. cit., p. 451; MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil...* cit., p. 24.

Finalmente, a própria responsabilidade civil se distinguirá em responsabilidade negocial e responsabilidade civil em sentido estrito; contratual e extracontratual (ou aquiliana), respectivamente. A primeira, negocial, é a responsabilidade que exsurge do descumprimento das normas de determinado negócio jurídico, manifestando-se entre pessoas que já eram ligadas por uma relação jurídica prévia; já a segunda, responsabilidade civil em sentido estrito, é aquela que se refere a “obrigações que visam a reparação de danos resultantes da violação de deveres gerais de respeito à pessoa e bens alheios”¹⁴⁰, podendo existir entre pessoas sem qualquer ligação anterior. A responsabilidade civil aqui tratada, assim, é o dever de reparar danos antijurídicos causados por violação ao dever geral de não lesão¹⁴¹. Trata-se de

[...] uma consequência jurídica derivada de um enunciado normativo, na qual se um dever jurídico originário de não lesar for violado, deflagra-se a consequência jurídica, na modalidade de sanção, imputando a responsabilidade àquele que violou o dever ou ao responsável por responder por esta violação¹⁴².

É justamente da responsabilidade civil em sentido estrito que trata este estudo, objetivando identificar a sua atuação no contexto da internet. Para que se possa adentrar em tal estudo, no entanto, importa que sejam esclarecidos os conceitos de responsabilidade civil a serem tratados no capítulo que segue.

2 Breve relato da trajetória da responsabilidade civil

Chegando enfim à delimitação do âmbito de ingerência da responsabilidade civil, é de se notar o seu desenvolvimento, que se deu concomitantemente com o aumento da complexidade das relações sociais.

¹⁴⁰ NORONHA, op. cit., p. 452-453.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade por danos e a superação da ideia da responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MLAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaítuba: Foco Jurídico, 2017. p. 211-227, p. 213.

Aguiar Dias¹⁴³, a partir da leitura de Ripert, constata que a evolução da responsabilidade civil não se deve ao progresso do direito, ou ao aprimoramento do sentimento de justiça. Com efeito, as regras fundamentais da responsabilidade, e portanto também da responsabilidade civil, ainda devem a sua origem ao simples preceito de que não se deve causar mal aos outros; “[...] na matéria da responsabilidade, permanece íntegro o áureo princípio do *neminem laedere*”¹⁴⁴.

Agora, como antes, trata-se de estabelecer regras que limitem a atuação humana, ou de aumentar a incidência da responsabilidade, para que não ocorram danos¹⁴⁵, e, em os ocorrendo, que o lesado seja ressarcido. O que interfere o passar do tempo na modulação da matéria e no aparecimento de novas normas é, logo, o ajustamento daquelas regras limitadoras às necessidades identificadas e surgidas com o progresso, com o aparecimento de novas atividades e da multiplicação dos infortúnios causados pela vida moderna. No passo em que caminha a humanidade rumo a cada vez mais intrincadas interseções dos círculos da atividade jurídica de cada um – tal como ocorre quando da adoção de novas tecnologias, como a internet –, também caminha a adequação da responsabilidade civil aos novos problemas daí surgidos¹⁴⁶, inclusive com o reconhecimento de novos prejuízos juridicamente relevantes (novos danos)¹⁴⁷.

Há também autores que, pejorativamente, atribuem a referida evolução à crescente (e a seu ver exagerada) sensibilidade aos infortúnios da vida, que a todos se acometem vez ou outra. Para eles – dentre os quais Mazeud, Mazeud, e Savatier –, está-se diante de uma hipertrofia da responsabilidade civil, que se torna o domínio central do direito civil¹⁴⁸. O desacordo com essa conclusão, ainda que não se discorde da sua premissa – o aumento da sensibilidade humana –, vem da constatação de que o

¹⁴³ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 11.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Pode-se mencionar, aqui, o caráter preventivo da responsabilidade civil (por meio de sua função dissuasória), que teria como propósito principal impedir que condutas lesivas sejam adotadas, de modo a se antecipar à geração do dano (MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil... cit.*, p. 380-381).

¹⁴⁶ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 11-12.

¹⁴⁷ NORONHA, op. cit., p. 465-466; MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil... cit.*, p. 25.

¹⁴⁸ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 12-15.

problema do direito e o problema da responsabilidade civil são um e o mesmo: o desrespeito às normas jurídicas impostas gera consequências.

O direito privado tem na responsabilidade civil um conceito central¹⁴⁹. A demanda crescente pelos mecanismos de responsabilização deverá ser encarada como sinal do desenvolvimento das atividades humanas, e não como decadência do direito. A matéria, de fato, não (mais) se preocupa apenas, ou precipuamente, com a identificação da culpa, mas com a efetiva reparação do dano¹⁵⁰. Independentemente disso, responsável civilmente permanecerá sendo aquele que deve suportar o dano civil. Recontar a história da responsabilidade civil, pois, será recontar as transformações sociais que levaram ao refinamento das regras de responsabilização¹⁵¹. Relevante isso para o presente estudo, uma vez que é justamente uma dessas transformações sociais – o advento da internet e, mais tarde, da dita *web 2.0* – que gerou a dúvida que se busca, aqui, investigar.

A princípio, no entanto, o problema da responsabilização não era jurídico. A força, sendo o limite da liberdade individual, levava à adoção da vingança privada, do mal pelo mal, como resposta às ações danosas perpetradas. O lesado se vingava do lesante, sem interferência de algum ente público¹⁵². Aos poucos, sem embargo, a concepção da vingança privada se introduz no domínio do direito, e a busca por algum tipo de equivalência do mal infligido com aquele sofrido em resposta vem a consagrar o talião como regra jurídica – ou seja, a rigorosa proporção entre o crime e a pena, ou entre o dano e a (primitiva) reparação¹⁵³.

Naturalmente, pouco a pouco, o aumento da complexidade das relações sociais vem incutir no homem a noção de que, mais vantajoso do que se vingar sobre a pessoa do seu adversário, será fazê-lo pagar uma

¹⁴⁹ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil...* cit., p. 23-24. Sintetiza o autor: “A noção de responsabilidade é inerente ao Direito”.

¹⁵⁰ Disso se cuidará com mais detalhes ao se abordar a tendência de socialização do dano.

¹⁵¹ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 12-15.

¹⁵² MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 23.

¹⁵³ *Ibidem*; AGUIAR DIAS, op. cit., p. 18.

quantia em dinheiro. O que sucedeu, assim, foi a permissão da composição de acordo entre autor do dano e vítima, consistente na prestação de uma *poena*, a partir da qual o ofendido adquiria o direito ao perdão¹⁵⁴.

Gradualmente, no entanto, foi-se passando à autoridade estatal a competência da fixação da justa compensação – bem como da justa pena¹⁵⁵, o que como consequência afasta o instituto da ideia de punição, aproximando o da indenização¹⁵⁶. É a partir deste momento que a responsabilidade se desdobra em civil e penal¹⁵⁷.

Esta divisão foi suficiente a propor, no pensamento francês, o princípio que ainda hoje rege, em grande parte, a responsabilidade civil: a ação danosa, qualquer que seja seu grau de antijuridicidade (ou de culpa, na ocasião), dará lugar à reparação. Basta que a atuação seja *fautif*¹⁵⁸, para que se indenize o ofendido – independentemente de a *faute* ser grave, ou levíssima¹⁵⁹. Nas palavras dos irmãos Mazeaud:

Do momento em que se admite com efeito que a ação da vítima não lhe é dada para punir o autor do dano, para exercer a vingança, conduz-se necessariamente à propositura do grande princípio de que um dano qualquer, causado por uma *faute* qualquer, dá lugar à reparação¹⁶⁰.

¹⁵⁴ MAZEAUD, MAZEAUD, op. cit., p. 28.

¹⁵⁵ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 45.

¹⁵⁶ MAZEAUD, MAZEAUD, loc. cit.

¹⁵⁷ AGUIAR DIAS, loc. cit.

¹⁵⁸ Opta-se pela utilização do termo *faute*, ao invés da frequente tradução “culpa”, devido ao reconhecimento de que tais termos não se equivalem, podendo-se falar da impropriedade da atribuição da culpa como critério essencial para responsabilização no direito francês. A respeito, explica Aguiar Dias, op. cit., p. 46: “Essa interpretação errônea se deve ao uso ambíguo, mais ou menos inconsciente, dos dois sentidos da palavra *faute* (senso objetivo: infração à maneira de agir de um tipo-modelo determinado; e senso subjetivo: censura moral imputável ao agente), e nesse equívoco incorre o próprio legislador”.

¹⁵⁹ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 22-23.

¹⁶⁰ MAZEAUD, MAZEAUD, op. cit., p. 41. No original: “*Du moment qu’il admet en effet que l’action de la victime ne lui est pas donnée pour punir l’auteur du dommage, pour exercer la vengeance, il est nécessairement conduit à poser le grand principe qu’un dommage quelconque, causé par une faute quelconque,*

Adotou-se, assim, no *Code Civil* a redação de uma cláusula geral de responsabilidade, passível de aplicações quase ilimitadas, quem tem como núcleo a identificação de uma *faute* no comportamento do indivíduo. Não obstante, nesse momento, a presença de uma conduta reprimível (com culpa) não é apenas colateral, mas efetivamente necessária para que se coloquem em moção os institutos da responsabilidade civil¹⁶¹.

Naquele contexto, passou a doutrina a debruçar-se primordialmente sobre a questão de como determinar se o comportamento que poderia ser efetivamente exigido do sujeito deveria, ou não, levar em consideração suas condições pessoais; ou seja, se a capacidade de prever os resultados de suas ações e de, assim, evitá-las, deveria ser analisado em concreto, ou se deveria ser tomado em comparação com um *standard* de conduta (o “bom pai de família”), em abstrato¹⁶². A conclusão em favor do último vem a aproximar cada vez mais a teoria da responsabilidade a uma teoria da reparação unicamente, cada vez sofrendo menos influência da análise da condição do sujeito na apreciação do dever de reparar – ao contrário do que se exige na apreciação da responsabilidade penal, que evidente deve tomar em concreto a verificação da ocorrência da culpa, ou do dolo¹⁶³.

Foi a instalação da Revolução Industrial, no final do século XIX, mais precisamente a partir de 1880 – e notoriamente por causa do desenvolvimento da indústria ferroviária –, que causou a responsabilidade civil a dar mais um passo na direção para qual parecia se encaminhar: o reconhecimento da responsabilidade objetiva. Tornava-se notório que a reparação civil estava destacada de qualquer noção de punição¹⁶⁴.

donne lieu à réparation”. Em tradução livre: “A partir do momento em que se admite que a ação da vítima não lhe é dada para punir o autor do dano, para o exercício da vingança, conduz-se necessariamente ao grande princípio de que um dano qualquer, causada por uma *faute* qualquer, dá origem ao direito de reparação”.

¹⁶¹ Idem, p. 48-49.

¹⁶² Idem, p. 61-62.

¹⁶³ Idem, p. 68-69.

¹⁶⁴ Hoje se coloca em questão tal assertiva, inclusive na França, a saber com a atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil. A respeito, podem-se tomar como exemplo as obras de Geneviève Viney (VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2008) e de

As grandes transformações por que se passava à época, com a adoção de novas tecnologias e a criação de cada vez mais risco às pessoas que com elas tinham contato – e que permitem, possivelmente, um paralelo com o momento atual de adoção de novas tecnologias da informação –, deram o impulso para que se iniciasse o questionamento acerca da necessidade, ou não, da análise de culpa para a responsabilização. Curiosamente, foram os acidentes ocorridos com os trabalhadores da indústria (hoje caracterizados como acidentes de trabalho), e não com os usuários das novas máquinas, que abriram o caminho para a adoção primeira da teoria do risco na França¹⁶⁵, que, por sua vez, veio a influenciar o Brasil na adoção, também, dessa forma de responsabilização.

Em um primeiro momento, para que os trabalhadores não restassem desamparados, ainda que o acidente tivesse ocorrido sem participação alguma do empregador, a doutrina e a jurisprudência francesas admitiram que se aplicasse por analogia a regra que dizia ser o dono da obra responsável por danos dela decorrentes, devido à falha da construção. Tal solução, contudo, se mostrou insuficiente, dado que ainda seria necessário ao lesado demonstrar a falha do maquinário para se ver indenizado. Identificada a referida deficiência, logo sugeriu a doutrina a inversão do ônus da prova, mas tal construção, para os tribunais franceses, não era satisfatória, por ser considerada demasiadamente artificial. Para os juízes de então, a obrigação do patrão residia apenas no pagamento de um salário pelo trabalho realizado, e não necessariamente na adoção de medidas extraordinárias para a sua segurança¹⁶⁶.

O que se fez para, a um só tempo, assegurar a indenização do lesado, e superar a artificialidade da inversão do ônus da prova, foi a construção de uma teoria que não concedia ao empregador a obrigação de

Suzanne Carval (CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995), dentre outras.

¹⁶⁵ MAZEAUD, MAZEAUD, op. cit., p. 72-74.

¹⁶⁶ Idem, p. 73-74. Para que fique claro, no original: “*Le résultat cherché était atteint, mais la construction était trop artificielle pour pénétrer dans la pratique : la jurisprudence ne consentit jamais à admettre que, dans le contrat passé avec l’ouvrier, le patron s’engage à restituer ce dernier sain et sauf : il s’oblige seulement à lui payer une certaine somme contre l’accomplissement d’un certain travail*”.

manter o empregado seguro, mas que, sim, o responsabilizava por ter criado o risco do negócio: “o simples fato do prejuízo aciona a sua responsabilidade; é a contrapartida dos lucros que ele retira do negócio”¹⁶⁷.

Considerando o caráter aberto do vocábulo *pivot* da responsabilidade civil francesa pôde-se, até mesmo, conceber que a responsabilização continuaria a não prescindir da *faute*, mas tão somente da comprovação da culpa. A *faute*, nesse contexto, representaria apenas o fato gerador do dano. Saleilles, Josserand, Ripert, Esmain e incontáveis outros autores, de forma ou de outra, saíram em defesa da teoria do risco, deduzindo-a dos mais diversos dispositivos do *Code Civil*¹⁶⁸.

Como resultado, a teoria do risco passou a figurar em diversos textos de lei franceses, aceitando a responsabilidade objetiva em variados âmbitos. Serviu ainda a discussão, para aprofundar a aplicação da figura do abuso de direito, na prática, aumentando a proteção conferida pela responsabilidade civil aos indivíduos¹⁶⁹. O caminho que se traçou historicamente, demonstra essa preocupação com a garantia de indenização dos danos sofridos.

No Brasil, por sua vez, a responsabilidade civil só veio a adquirir as particularidades que hoje a caracterizam a partir da elaboração do Código Civil de 1916¹⁷⁰, quando se fez sentir a influência das construções do direito francês, não de forma indireta, filtrada pelo direito português – cujo conservadorismo “jamais permitiu que o espírito crítico do humanismo jurídico francês fosse levado às suas últimas consequências”¹⁷¹ e

¹⁶⁷ Idem, p. 74. No original: “*Celui qui crée une source de dommages, tel celui qui exploite une usine, doit réparation si les risques se réalisent. Le seul fait du préjudice engage sa responsabilité ; c`est la contre-partie des profits qu`il retire de l`entreprise*”.

¹⁶⁸ Idem, p. 74-75.

¹⁶⁹ Idem, p. 74-78; 90-91.

¹⁷⁰ Código este que só veio a ser redigido anos após a proclamação da república, dentre outras razões, porque durante o império vigorava a escravidão, e a nova legislação civil viria a consagrar essa iniquidade diante dos olhos do restante do mundo, o que envergonhava os juristas brasileiros (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 89, p. 183-194, 1994, p. 190).

¹⁷¹ Idem, p. 185.

cuja legislação não se adequava à imensidão do território brasileiro¹⁷² –, mas de forma direta, refletindo a influência cultural que a França teve nos anos formadores do que viria a ser o Brasil¹⁷³. Pode-se dizer, desde então, que a teoria da responsabilidade civil no Código Civil brasileiro de 1916 se deve majoritariamente ao Código de Napoleão, sendo seus artigos traduções quase literais daqueles contidos no diploma estrangeiro¹⁷⁴.

Por conta disso, na lei nacional passou a predominar o conceito de culpa¹⁷⁵ como pedra angular da reparação civil, em uma cláusula geral que tornava inúmeras as hipóteses de responsabilização – espelhando aquela que se encontra no *Code Civil*. Não por outra razão diz-se do primeiro Código Civil da república que teve o mérito de condensar as criações milenares da responsabilidade civil¹⁷⁶.

Em um contexto de rápida evolução cultural e tecnológica no século XX, no entanto, o Código Civil de 1916 logo se tornou ultrapassado¹⁷⁷ e foi buscar, novamente, na sua inspiração francesa, a renovação

¹⁷² Idem, p. 186. Exemplo elucidativo trazido pelo autor é a previsão legal existente nas Ordenações Manuelinas no sentido de que as terras não cultivadas pelos seus proprietários deveriam ser redistribuídas pelas autoridades a quem tivesse condições de nelas plantar (destacando, desde aquele tempo, a função social da propriedade). Em Portugal, devido ao seu território pouco extenso, tal regra vinha a beneficiar agricultores não-proprietários, os ‘sem terra’, em desfavor de proprietários que não faziam o uso adequado de suas terras. Já em território brasileiro, o mesmo comando apresentava consequências completamente diferentes: tratando-se de um território muito mais extenso, e cujas terras eram em sua maioria sem aproveitamento, só teria condições de explorá-las quem tivesse muito capital, o que veio causar a criação de enormes latifúndios controlados por poucos proprietários.

¹⁷³ Idem, p. 188. Segundo o autor, “É interessante observar que, desde então, e durante aproximadamente duzentos anos, foi a cultura francesa a principal fonte estrangeira da nossa formação intelectual (somente no século atual [destacando-se que a obra foi escrita no século XX], em torno da década de 60, é que este pape foi tomado pela cultura americana, que, hoje, predomina largamente) Até mesmo o pouco que os inconfindentes sabiam da recente Constituição Americana era através da tradução francesa”.

¹⁷⁴ Idem, p. 193.

¹⁷⁵ Como já se mencionou antes, derivado de uma tradução inexata do termo *faute*, mas que, naquele momento, parecia refletir a intenção do legislador francês.

¹⁷⁶ NORONHA, op. cit., p. 561.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 561.

necessária em matéria de responsabilidade civil. Foi assim que, no Código Civil de 2002, passou-se a dispor acerca de diversas hipóteses de responsabilização objetiva (prescindindo da culpa) e, inclusive, da reparação de dano causado por absolutamente incapaz, quando ela puder se dar sem prejuízo de sua subsistência. A evolução que se iniciou contemporaneamente a Jossierand, logo, se transpôs ao Brasil, o qual pouco a pouco veio a se tornar ainda mais protetivo do que a França, pela promulgação enfim de um Código de Defesa do Consumidor no final do século XX¹⁷⁸.

Foi-se introduzindo, também aos poucos, a possibilidade de compensação por danos outrora não reconhecidos em nosso ordenamento, tais quais o dano moral, o dano estético, o dano pela perda da chance etc. Em território nacional, logo, fica em evidência a primazia da função reparatória¹⁷⁹ da responsabilidade civil¹⁸⁰. Não apenas, cada vez mais se aproxima a matéria da busca pela efetiva prevenção e precaução dos danos¹⁸¹ – sem que isso implique a caracterização da responsabilidade civil como pena imposta ao causador do dano, tendo em vista a diminuição sensível do papel da culpa na responsabilização.

Não se ignora, de toda sorte, o movimento que hoje questiona acerca da possibilidade de aplicação de indenizações punitivas ou, ao menos, de delegação de uma função punitiva às indenizações concedidas para a reparação de danos extrapatrimoniais. Mesmo assim, isso parece resultar, não necessariamente na imprescindibilidade da culpa para a responsabilização, mas tão somente na criação de mais mecanismos de garantia de reparação dos lesados. Ou seja, até mesmo reavivar a importância da culpa, nesse contexto, parece ser medida voltada à reparação mais ampla dos danos e, efetivamente, à prevenção dos atos ilícitos, e não à diminuição das hipóteses de responsabilidade objetiva¹⁸². É dizer: quando

¹⁷⁸ AZEVEDO, op. cit., p. 193.

¹⁷⁹ A respeito das características da função reparatória da responsabilidade civil, ver: NORONHA, op. cit., p. 460-461.

¹⁸⁰ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 26-39.

¹⁸¹ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil...* cit., p. 38; MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 364.

¹⁸² Segundo VENTURI, Thaís G. *Responsabilidade civil preventiva...* cit., p. 79: “[A] internalização do princípio da prevenção no Direito da responsabilidade civil deve ser compreendida como natural e necessária para atender aos reclamos de adequada e efetiva tutela dos direitos”.

houver culpa grave, será agravada a indenização; a ausência de culpa, todavia, nos casos em que prevista a responsabilidade objetiva, permanecerá levando à responsabilização. Daí porque se faz necessário um estudo mais detalhado, conquanto breve, da responsabilização objetiva.

2.1 As transformações sociais e a adoção da responsabilidade objetiva

Às evidências da direção da caminhada da responsabilidade civil por conta das alterações sociais inerentes à adoção de novas tecnologias, tem-se tendido a de privilegiar a reparação do dano, ao oposto de procurar o seu culpado. Nas palavras de Aguiar Dias:

Parece não haver mais dúvidas no sentido de que em tema de responsabilidade civil a tendência que se vai confirmando nos mostra que mais do que apontar o responsável pelo dano optaram legisladores e aplicadores do direito em dizer como ele será reparado.

Se a solução se encontra na ampliação dos casos de responsabilidade objetiva – e são inúmeros no CC/2002 –, ou na extensão de preceitos e dispositivos do Código de Defesa do Consumidor a campo antes reservado a regras do Código Civil ou mesmo à legislação extravagante, ou na liberdade atribuída ao juiz para identificar onde, quando e em que situações há um risco criado capaz de carrear para o explorador de certas atividades perigosas o ônus de responder pelos danos daí advindos, isso pouco importa, se o centro da preocupação em matéria de responsabilidade civil deixou de ser o homem, isoladamente considerado, para ser o homem coletiva e socialmente considerado, inserido num mundo cujas fronteiras vão desaparecendo, para o bem e para o mal, por força da rápida e surpreendente capacidade tecnológica de alterar nossos hábitos, nossos direitos e deveres, nossa cultura, enfim, o mundo em que vivemos¹⁸³.

¹⁸³ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 39.

Nesses trilhos até então pareceu direcionar-se a responsabilidade civil ao posicionamento do dever de reparação nas mãos daquele que criou o risco do dano e que detém a possibilidade de reparação, para o fim de que ela seja efetivamente alcançada, numa perspectiva de socialização do dano (ou dos riscos), ou de coletivização da responsabilidade¹⁸⁴. Busca-se um direito que não seja alheio às alterações trazidas pelas novas tecnologias, mas que, diante delas, deixe de ser “usado como instrumento de manutenção dos privilégios e da garantia de mudanças tópicas, graduais e, se possível, não invasivas das prerrogativas dos que detêm o poder”¹⁸⁵. Em suma, deve-se remeter à causa geradora da responsabilidade civil, o interesse da paz social pela distribuição do ônus do prejuízo¹⁸⁶.

Aqui está a nascente – não cronológica, mas ideológica –, da responsabilidade fundada no risco, em contraposição à responsabilidade fundada na culpa. Essa temática, hoje, é apontada como um dos problemas teóricos mais importantes aos ordenamentos jurídicos de tradição continental¹⁸⁷.

Historicamente, por sua vez, vem essa teoria a ver seu nascimento, de um lado na codificação italiana de 1942 (cuja interpretação pelos tribunais levou à consagração da autêntica responsabilidade pelo perigo da atividade)¹⁸⁸; e de outro nas doutrinas francesas, de Saleilles e Josserand, ao admitirem que a noção de *faute*, conceito central do direito francês, daria abertura à indenização não só pela culpa, mas pelo próprio fato do (risco do) homem que venha a gerar dano¹⁸⁹. Há décadas, nesse ordenamento, Tunc já anotava a “insuficiência da culpa como critério determinante do dever de indenizar”, chegando a afirmar, com vistas às numerosas áreas que dispensavam a sua aplicação por previsão específica, que a

¹⁸⁴ NORONHA, op. cit., p. 568; MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil... cit.*, p. 39.

¹⁸⁵ AGUIAR DIAS, op. cit., p. 40.

¹⁸⁶ Idem, p. 43.

¹⁸⁷ TEIXEIRA NETO, Felipe. Responsabilidade civil agravada pelo risco/perigo da atividade: um diálogo entre os sistemas jurídicos italiano e brasileiro. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 163-171, p. 163.

¹⁸⁸ Idem, p. 166.

¹⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 24-26.

ideia de responsabilidade por culpa poderia ser considerada um mito¹⁹⁰. O sentido de tal afirmação estava em reconhecer que a culpa, desde que se começou a cogitar a responsabilização objetiva, passou a ser apenas mais um dos fundamentos possíveis da responsabilidade¹⁹¹ – critério este, aliás, de maior custo social e que traz mais incerteza de reparação¹⁹².

Desenvolvida por uma sucessão de autores franceses (Ripert, Carbonnier, Gaudemet, Planiol, Boulanger dentre outros célebres nomes da doutrina daquele país), ingressou enfim a teoria em nosso país ainda no início do século passado, existindo já no Código Civil de 1916 “disposições cuja exegese revela[va] um entendimento coordenado com a teoria do risco”¹⁹³. Hoje, indubitavelmente, é abraçada a teoria no Código Civil de 2002, tornando-se essencial nas relações jurídicas modernas. Apesar de ainda hoje se considerar imatura e oscilante a sua aplicação jurisprudencial, o parágrafo único do artigo 927 do código civilista¹⁹⁴ representou uma das mais importantes inovações por ele encampadas¹⁹⁵.

O princípio da culpa e o princípio do risco coexistem, mas são em larga medida antagônicos. Enquanto o fundamento na culpa diz que só deve haver obrigação de reparação àquele que tenha agido de forma censurável na causação do dano (isto é, que de si pudesse ser exigido comportamento diverso); o fundamento no risco dá o direito de reparação

¹⁹⁰ USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade civil: questões atuais. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 27-33, p. 27-28.

¹⁹¹ O mesmo se passa no Brasil, onde “não tem sido tão vasto quando se podia imaginar o campo de aplicação da cláusula [geral de responsabilidade objetiva], haja vista que a maioria das atividades de risco no ordenamento brasileiro encontra-se disciplinada por normas especiais” (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. Responsabilidade objetiva e oscilações jurisprudenciais. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 261-271, p. 270).

¹⁹² USTÁRROZ, op. cit., p. 28.

¹⁹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 32.

¹⁹⁴ A saber: Art. 927. 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.

¹⁹⁵ SALLES, op. cit., p. 261.

a quem tenha sofrido danos que tenham acontecido em conexão especial com certas atividades desenvolvidas por outras pessoas (mesmo que não se possa dizer que essas atividades tenham sido as causadoras do dano), as quais serão, então, obrigadas à reparação, ainda que não tenham agido culposamente.

Neste segundo caso, ainda que o desenvolvedor da atividade tenha agido com toda a cautela que dele se poderia esperar, deverá ele suportar o prejuízo, dado que o titular do direito violado não poderá ser prejudicado se outrem foi o criador do risco. É dizer: quem exerce atividades suscetíveis de causar danos a terceiros, auferindo os bônus, deverá arcar com os ônus correspondentes. Se o princípio da culpa corresponde à responsabilidade subjetiva, o do risco é ligado à responsabilidade objetiva, que tem conquistado espaço cada vez maior desde o início do século XX¹⁹⁶.

Os riscos referidos, que darão origem à responsabilidade objetiva, cabe dizer, são essencialmente três: o risco de empresa (ou o risco-proveito), o risco administrativo e o risco-perigo (ou risco-criado). Quem exerce atividade econômica profissionalmente, distribuindo bens ou serviços, torna-se responsável por qualquer evento danoso a ela ligado, mesmo que gerado por empregado ou preposto; igualmente, a pessoa jurídica pública é responsável pelas consequências de suas atividades; e quem se beneficia de atividade lícita potencialmente perigosa, ainda que não profissionalmente, terá responsabilidade sobre os seus resultados danosos¹⁹⁷. É ela calcada, assim, numa espécie de máxima: “seus negócios, suas perdas; seus riscos, seus problemas”¹⁹⁸.

Pode-se falar aqui, também, da responsabilidade pelo fato da coisa (superada a noção de que esta seria decorrente da presunção de culpa), ou seja, da responsabilidade do dono da coisa pelos danos causados por ela, ainda que tenha ele tomado todas as precauções a seu alcance para que tais danos não viessem a ocorrer, a qual pode também ser entendida pelo

¹⁹⁶ NORONHA, op. cit., p. 457-458; 509.

¹⁹⁷ Idem, p. 509.

¹⁹⁸ BONNA, Alexandre. Indenização punitiva e responsabilidade objetiva no Brasil à luz da teoria de Jules Coleman. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 97-107, p. 105.

prisma da responsabilidade pelo risco-criado¹⁹⁹. Da mesma forma, pode-se inserir nas hipóteses de responsabilidade pelo risco aquela que se dá em relação ao fato de terceiro, particularmente em situações em que se observa o proveito econômico do responsável – por evidente, não se podendo falar em proveito econômico, por exemplo, quando se observa a relação entre pais e filhos²⁰⁰, consistindo, senão, em uma responsabilidade civil sem culpa do responsável²⁰¹.

A responsabilização objetiva se faz presente ainda no sistema jurídico nacional, de acordo com situações específicas previstas em leis especiais, sem que advenha do risco a sua fundamentação primordial²⁰². Aqui se insere, de maneira significativa, a responsabilidade objetiva do fornecedor advinda do sistema de proteção do consumidor, conforme o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/ 1990). Para que se acione esta, não será necessário estar-se diante de atividade particularmente arriscada ou perigosa, risco esse que será aferido objetivamente e *a priori*, mas tão somente de defeito na prestação do serviço ou no fornecimento do produto, ainda que se trate de defeito meramente informacional. Neste caso, também, dever-se-á considerar a expectativa legítima do consumidor acerca das consequências esperadas da contratação. Portanto é correto dizer que o fundamento da responsabilidade do fornecedor é mais do que atividade de risco (*cujus commodum ejus periculum*), é o dever de segurança, material e informacional, do serviço prestado²⁰³. Tais previsões vêm a ser adotadas no ordenamento nacional a partir da verificação de um agravamento da possibilidade da geração de danos nas relações sociais, ainda que decorrente da vulnerabilidade de um dos polos desta – cada qual com suas particularidades condicionantes, seguindo a sua respectiva regra de imputação²⁰⁴.

¹⁹⁹ STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947, p. 116-122.

²⁰⁰ Idem, p. 209.

²⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 120.

²⁰² TEIXEIRA NETO, op. cit., p. 164; VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 53-81.

²⁰³ SALLES, op. cit., p. 266.

²⁰⁴ Ibidem.

Assim, pode-se dizer que as circunstâncias que ensejam a responsabilização objetiva são aquelas em que há uma desigualdade material entre as partes, fazendo com que aquele que se encontra na posição mais adequada para conduzir a análise de custo-benefício da atividade, ou aquele que possa teoricamente evitar o dano, seja responsável pela sua indenização na sua eventual ocorrência²⁰⁵.

[N]a responsabilidade civil objetiva há um desequilíbrio anterior calcado na produção de um risco pelo ofensor em relação ‘as vítimas que não é recíproco. As vítimas estão expostas a esse risco desproporcional, de modo que caso esse risco se consume e se materialize, quando de fato o ofensor podia e deveria desenvolver medidas adequadas, deve ser obrigado a indenizar de modo a equilibrar uma relação marcada pela injustiça e desequilíbrio em seu nascedouro²⁰⁶.

Além disso, o reconhecimento da possibilidade de responsabilização objetiva, ou seja, sem a perquirição da existência de culpa, teve como consequência, como já se mencionou brevemente, a alteração do fundamento da responsabilização por fato de terceiro. Sendo, esta, uma forma de responsabilização indireta, superou-se a presunção da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, para reconhecer a efetiva desnecessidade de ocorrência de culpa para que haja a responsabilização, desde que caiba a elas responder pelos fatos de outrem²⁰⁷.

A responsabilização pelo risco, ou outras hipóteses de responsabilidade objetiva (ou seja, independente da verificação de culpa na atuação do responsável), de fato se desenvolve em momento histórico de transformação, com a introdução de novas tecnologias – especificamente para o direito nacional as estradas de ferro²⁰⁸ – que demonstraram não ser o re-

²⁰⁵ PIRES, Fernanda Ivo. *Honeste vivere*: princípio inspirador da responsabilidade civil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 35-44, p. 36.

²⁰⁶ BONNA, op. cit., p. 105.

²⁰⁷ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil... cit.*, p. 301-303.

²⁰⁸ Idem, p. 105.

quisito *culpa* suficiente para garantir a reparação dos danos por estas causados. Para Miragem, “a culpa como critério para imputação de responsabilidade civil justificou-se, ao tempo em que não restavam sedimentadas as distinções entre a responsabilidade civil e sua finalidade de reparação de danos, e a responsabilidade penal e sua finalidade punitiva²⁰⁹”.

Há uma renovação e um agravamento dessas considerações a partir da ruptura provocada pela criação da internet, já mencionada no tópico próprio (pág. 25). Efetivamente, o advento e a adoção da rede vêm contribuir para o surgimento de novos riscos até então não previstos nas relações sociais. Aquele que é o grande benefício da rede, a conexão entre um enorme número de pessoas permitindo entre elas trocas imediatas de informações e de serviços, é também seu grande malefício: multiplicam-se as situações que se pode lesar o usuário da rede. Daí porque, além de nova discussão acerca do papel da responsabilidade objetiva, tem-se buscado a definição, dentro do chamado Direito Digital, de qual atuação se espera da responsabilidade civil contemporânea nos casos de danos causados por meio da *web*.

2.2 A internet e o chamado direito da reparação de danos

Tão intensa se faz a alteração nas relações sociais causada pela internet que tem ganhado força nas últimas décadas o posicionamento que prega que a culpa já não mais responde às diversas novas questões e riscos que com ela surgem, fazendo com que se tenda cada vez mais à objetivação da responsabilidade²¹⁰.

Consequência disso é que hoje, quando a compreensão contemporânea da responsabilidade civil privilegia a sua utilidade para distribuição dos custos sociais, chega-se a situações em que a responsabilidade objetiva é inclusive agravada, prescindindo-se do próprio nexos de causalidade, bastando que o risco seja considerado típico ou característico da atividade²¹¹. Situações estas são excepcionalíssimas, mas suficientes à vi-

²⁰⁹ *Idem*, p. 30.

²¹⁰ VIEIRA, op. cit., p. 159.

²¹¹ NORONHA, op. cit., p. 512-513.

sualização de uma “crise” da culpa como critério principal da responsabilidade civil²¹². Penderia, seguindo essa lógica, cada vez mais ao dano o papel central na definição das situações ensejadoras do dever de indenizar, dando mais força à noção da responsabilidade civil como garantia (em sentido amplo) de reparação de danos²¹³.

Efetivamente, a desvinculação da responsabilidade da ideia de castigo²¹⁴, que culminou na adoção do risco como critério de responsabilização a partir da Revolução Industrial, demonstra a mudança do seu núcleo, que antes se centrava no ofensor, passando a se centrar em quem sofreu o dano, para lhe propiciar uma reparação efetiva²¹⁵, e não a efêmera satisfação da vingança. Destacam-se, também, novos papéis atribuídos à matéria, sobressaindo, neste ponto, a ideia de uma função preventiva²¹⁶, bem como o privilégio à distribuição mais adequada dos riscos inerentes à produção técnica moderna²¹⁷. Sugere-se assim a harmonização dos interesses de desenvolvimento, sem restrição das atividades lícitas – desde que haja responsabilização pelas suas consequências, ainda que na modalidade de seguro –, e de equidade no tratamento dos fatores danosos²¹⁸.

Sanando qualquer dúvida que tenha restado acerca da direção dessa trajetória – que não é necessária, mas que não obstante se tem observado –, explica Caio Maria da Silva Pereira que “quem acompanha a doutrina da responsabilidade civil, necessariamente observa a sua tendência crescente no sentido de aumentar as garantias oferecidas à vítima”²¹⁹. Os pressupostos da responsabilidade, antes voltados ao causador do dano, agora aparentam se voltam à vítima e à necessidade de sua reparação, devendo-

²¹² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 50; MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil...* cit., p. 30.

²¹³ MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 619.

²¹⁴ Sem que se ignore a ideia de indenização punitiva, já mencionada anteriormente nesta seção.

²¹⁵ VENTURI, op. cit., p. 64-67.

²¹⁶ VENTURI, op. cit., p. 86.

²¹⁷ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 112.

²¹⁸ VIEIRA, op. cit., p. 159-163.

²¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 15.

se acionar aquele que pode (e deve) suportar a indenização e não mais apenas o seu causador direto²²⁰.

De forma mais radical, propõem alguns autores – aos quais este trabalho não necessariamente se filia –, inclusive, que a responsabilidade por danos superaria a responsabilidade civil, passando a se basear nos seguintes pressupostos: (a) foco na vítima; (b) pressuposto ético na alteridade; (c) rompimento com a ideia de culpa e de dolo; (d) substituição do nexo de causalidade pela ideia de formação da circunstância danosa; (e) prioridade na precaução e na prevenção, sempre em um viés prospectivo, e a tutela dos hipervulneráveis, dos vulneráveis e dos hipossuficientes: pela resposta proporcional ao agravo e concretizadora de justiça social; (f) mitigação das excludentes do dever de reparar²²¹. Aconteceria a passagem do paradigma da dívida de responsabilidade para um crédito pelo dano sofrido²²².

Independentemente da aceitação das últimas consequências do raciocínio assim construído, conforme exposto, chegamos, com o advento da internet, contudo, em um momento de transformação que, consequentemente, exige a adaptação da responsabilidade civil, se não para alterar as formas de responsabilização, ao menos para que fique claro o seu papel dentro e fora do ciberespaço²²³.

²²⁰ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Aprontamentos para uma teoria geral da responsabilidade civil no Brasil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 45-71, p. 68.

²²¹ FROTA, op. cit., p. 219-220.

²²² Idem, p. 223.

²²³ NORONHA, op. cit., p. 513.

II FORMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET POR ATOS DE TERCEIROS

Definidos os conceitos que permearão este estudo, neste segundo momento cumpre abordar as formas de responsabilização dos provedores de aplicações de internet por atos de terceiros utilizadas até o momento no Brasil, para que possam ser evidenciadas as escolhas que levaram a jurisprudência, inicialmente, à adoção do mecanismo de *notice and take-down* para, por fim, concluir se esta foi devidamente justificada ou se, do contrário, não atingiu o ônus argumentativo necessário para justificar a derrocada da tradicional Responsabilidade Civil. Em relação a cada um dos tópicos introduzidos apresentam-se as críticas pertinentes – as quais, em que pese contundentes, não pretendem afastar de imediato a aplicação da legislação vigente – propondo-se, ao fim, nova forma de organização da responsabilidade dos provedores de serviços de internet.

A Metodologias de Responsabilização Civil na Internet

Adentra-se enfim o estudo da responsabilidade civil especificamente no âmbito da internet, especificamente, daqueles danos causados no, ou por meio do, mundo virtual, por atos de terceiros²²⁴. Com efeito, como se verificou ao introduzir o conceito de Direito Digital, de forma geral este não consiste em uma *nova* disciplina, mas apenas da adaptação dos clássicos institutos a especificidades da rede, tendo em vista que os delitos ali cometidos, em sua maioria, são os mesmos observados no

²²⁴ Os provedores de serviços de internet, tanto os de conexão quanto o de aplicações, serão, sempre, responsabilizados pelos danos que vierem a dar causa por atos próprios, não havendo necessidade, neste momento, de adentrar nesse assunto.

‘mundo real’, sendo apenas facilitados pelo alcance e pelo aparente anonimato²²⁵ das interações na internet²²⁶. Ademais, mesmo aqueles atos lesivos que são únicos ao mundo virtual, como os relacionados ao *streaming* não autorizado de conteúdos (equiparável a uma espécie de pirataria), ao *hacking* em suas diversas modalidades e à pirataria virtual propriamente dita, deverão atender, em geral, aos mesmos requisitos da responsabilidade civil tradicional para levarem à obrigação de reparação de danos.

Dito isso, consideradas as particularidades do meio pelo qual tais danos são causados, não gera espanto a criação, por vezes, de normas específicas para abranger a responsabilização decorrente do abuso das novas tecnologias. Assim se fez não somente no Brasil, mas também em diversos outros países, na medida em que estes foram sendo confrontados com os desafios (inclusive de natureza prática) para a indenização das vítimas de eventos danosos ocorridos a partir da eclosão da internet.

A princípio, no entanto, o primeiro contato com as novas tecnologias levou, naturalmente, à aplicação da responsabilidade tradicional, subjetiva, pontuada pelo reconhecimento de responsabilidade objetiva naquelas situações previstas em legislação específica, como no caso de danos aos consumidores, como se tratará a seguir.

1 Responsabilização dos Provedores de Conexão

Os provedores de conexão de internet não são responsabilizados pelos danos causados por atos de terceiros usuários de seus serviços. Isso

²²⁵ Diz-se aparente pois há, ainda que frágeis, formas de identificação dos usuários da rede, dentre as quais está a identificação do número de IP (*Internet Protocol*) da máquina utilizada para o acesso à rede. Tal identificação virtual, ao menos, relativiza o anonimato, sendo prejudicado apenas pelo fato de que nem sempre a identidade virtual corresponderá a uma identidade real, podendo variar o usuário da máquina utilizada, assim como, por meio de programas específicos, podendo o próprio usuário simular a utilização de outro IP pela mesma máquina. A respeito v. PINHEIRO, op. cit., p. 381. Ainda assim, é relevante apontar que os endereços de IP são lógicos, e não físicos, nada havendo que o vincule a uma determinada posição geográfica, o que representa mais uma dificuldade na determinação do internauta responsável por uma atividade na rede (LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na internet...* cit., p. 156).

²²⁶ PINHEIRO, op. cit., p. 380.

se dá por uma razão especial: a conexão à internet não é considerada causa direta e imediata do dano sofrido pelas vítimas de comportamentos abusivos dos usuários – rompido o nexo de causalidade não haverá se falar em responsabilização²²⁷. Reforçando a impossibilidade de imputação, fala-se também da impossibilidade técnica (e o fato de ser indesejado tal comportamento) de fiscalização dos conteúdos da internet por parte deste provedor.

Este entendimento foi pacificado na jurisprudência brasileira e veio a ser repercutido pelo Marco Civil da Internet em seu artigo 18, que conta com a seguinte redação: “Art. 18. O provedor de conexão à Internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

Historicamente também a Inglaterra concluiu da minha forma quando da análise do caso *Bunt v. Tiley*, a partir da qual fixou o entendimento de que, em qualquer caso, os provedores de conexão à internet não serão responsáveis pelos conteúdos que circulam na rede (assim como se reconhece no Brasil), por não serem considerados seus distribuidores, a não ser que sejam eles seus publicadores ou que atuem, ao mesmo tempo, como provedores de aplicações; portanto, que detenham uma participação ativa na distribuição de conteúdos²²⁸.

Isso não isenta, é claro, a responsabilidade dos provedores por atos próprios, como falhas na prestação dos serviços e o desrespeito às condições contratadas de conexão.

2 Responsabilização dos Provedores de Aplicações

Assim como os provedores de conexão, os provedores de aplicações serão responsabilizados pelos atos próprios que gerarem danos aos usuários. No entanto, mais controversa é a questão de responsabilização dos provedores de aplicações pelos conteúdos gerados por terceiros. A questão encontra diferentes respostas em diferentes jurisdições e em diferentes períodos, não havendo consenso acerca de melhor forma de proceder. No Brasil a questão foi debatida em diversas cortes, sendo resolvida de formas diferentes ao longo do tempo. Serão essas etapas explicadas nas páginas que seguem, sendo que, até pela natureza indissociavelmente

²²⁷ SOUZA; LEMOS, op. cit., p. 100.

²²⁸ CAREY, op. cit., p. 221.

globalizada da internet, a análise das respostas nacionais será, quando coerente, complementada com exemplos estrangeiros que com ela coadunem.

2.1 Responsabilização Subjetiva

Espelhando a trajetória relatada da Responsabilidade Civil Clássica, a primeira forma possível de responsabilização dos atores da internet, entre os quais os provedores de aplicações de internet, é a subjetiva, decorrente do sistema tradicional de responsabilidade civil e constante no art. 186 do Código Civil nacional. Dito isso, será necessário identificar na ação: a antijuridicidade culposa, a consequência danosa e o nexo causal entre ambas.

Inicialmente exigia-se tal investigação, atribuindo-se ao provedor de aplicações um dever geral (porém não total) de fiscalização dos atos de terceiros na internet, restando o ônus de comprovar que havia, de sua parte, a razoável proteção contra a ocorrência de danos²²⁹. Dessa opinião comunga, por exemplo, Delpech, Presidente da Associação de Direito da Informática da Argentina, acreditando que os provedores de aplicações podem ser responsabilizados quando manifesta a sua negligência no cuidado dos conteúdos divulgados por meio da plataforma disponibilizada²³⁰. Esse mesmo entendimento foi recebido na Alemanha, antes da inserção naquele sistema do instrumento de *notice and takedown*, pela aprovação da *Telemediengesetz*, quando se exigia a comprovação de ato doloso do provedor de hospedagem em relação ao conteúdo gerado por terceiro para que se acentasse a sua responsabilização²³¹.

A responsabilização subjetiva não condicionada à notificação prévia levava em consideração, também, a possibilidade do provedor de interferir nos conteúdos considerados ilícitos, o que levava desde logo à exclusão da responsabilização dos provedores de hospedagem, diante de

²²⁹ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 19.

²³⁰ DELPECH, Horacio Fernández. *Internet: su problemática jurídica*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, p. 224.

²³¹ HIRATA, Alessandro. *Internetrecht: aspectos de direito comparado alemão*. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: marco civil da internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 609-618, p. 615.

sua caracterização como meros intermediários da rede²³². Por fim, seriam sujeitos à responsabilização os provedores que não exigissem dos usuários informações mínimas que permitissem a sua identificação no caso de cometimento de ilícito, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada (ou determinável)²³³, exigindo-

²³² SOUZA; LEMOS, op. cit., p. 73.

²³³ A respeito, até antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet é possível identificar na jurisprudência do STJ julgados que atribuem responsabilização aos provedores devido à não identificação dos usuários que causaram o dano diretamente. Tratar-se-ia de hipótese de responsabilização por culpa pela omissão. Como exemplo: “CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. PROVEDOR DE CONTEÚDO. USUÁRIOS. IDENTIFICAÇÃO. DEVER. GUARDA DOS DADOS. OBRIGAÇÃO. PRAZO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 4º, III, DO CDC; 206, §3º, V, 248, 422 e 1.194 DO CC/02; E 14 E 461, § 1º DO CPC. 1. Ação ajuizada em 30.07.2009. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 04.11.2013. 2. Recurso especial que discute os limites da responsabilidade dos provedores de hospedagem de blogs pela manutenção de dados de seus usuários. 3. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo. Precedentes. 4. Uma vez ciente do ajuizamento da ação e da pretensão nela contida - de obtenção dos dados de um determinado usuário - estando a questão sub judice, o mínimo de bom senso e prudência sugerem a iniciativa do provedor de conteúdo no sentido de evitar que essas informações se percam. Essa providência é condizente com a boa-fé que se espera não apenas dos fornecedores e contratantes em geral, mas também da parte de um processo judicial, nos termos dos arts. 4º, III, do CDC, 422 do CC/02 e 14 do CPC. 5. As informações necessárias à identificação do usuário devem ser armazenadas pelo provedor de conteúdo por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço. 6. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ. *REsp 1.417.641/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 25 de fevereiro de 2014). Também esclarecedor: “RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO ELETRÔNICO E RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PROVEDOR DE BUSCA NA INTERNET SEM CONTROLE PRÉVIO DE CONTEÚDO. MENSAGEM OFENSIVA.

se também que tais informações fossem guardadas pelos provedores pelo prazo de ao menos três anos²³⁴. Sob a ótica da diligência média, se esperaria do provedor que, conforme as circunstâncias de cada caso, adotasse providências para individualizar os usuários do *site*, sob pena de responsabilização pela culpa *in omittendo*²³⁵. Segundo essa corrente:

Com efeito, o provedor que, movido pela ânsia de facilitar o cadastro e aumentar exponencialmente o número de usuários, ou por qualquer outro motivo, opta por não exercer um mínimo de controle daqueles que se filiam ao seu site, assume o risco dessa

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NÃO CARACTERIZADA. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. [...] 2. Haverá responsabilidade subjetiva do provedor de busca, quando: I) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; II) não mantiver um sistema ou não adotar providências, que estivessem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato. 3. O fornecimento do registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na internet constitui meio satisfatório de identificação de usuários. [...]” (STJ. *AgRg no REsp 1.395.768/RJ*. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 22 de abril de 2014). No mesmo sentido: STJ. *REsp 1.300.161/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2012; STJ. *REsp 1.398.985/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 fevereiro de 2013; STJ. *AgRg no REsp 1.395.803/RJ*. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 06 de maio de 2014; STJ. *AgRg no REsp 1.285.756/MG*. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 08 de maio de 2014; STJ. *AgRg no REsp 1.396.963/RS*. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 08 de maio de 2014; STJ. *AgRg no REsp 1.402.104/RJ*. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 27 de maio de 2014; STJ. *AgRg no REsp 1.384.340/DF*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 05 de maio de 2015; STJ. *REsp 1.512.647/MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 13 de maio de 2015.

²³⁴ STJ. *REsp 1.396.417/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 07 de novembro de 2013.

²³⁵ ANDRIGHI, Fátima Nancy; GUARIENTO, Daniel Bittencourt. A responsabilidade civil das redes sociais virtuais pelo conteúdo das informações veiculadas. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). *Responsabilidade Civil e inadimplemento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 233-247, p. 242-243.

desídia, respondendo subsidiariamente pelos danos causados a terceiros²³⁶.

O que se sugeria não era a burocratização desmedida da internet, nem tampouco a realização de um cadastro imune a falhas, mas sim a tomada de passos mínimos para reprimir a utilização da rede para fins perniciosos, dado que estes poderiam suplantar os benefícios por si trazidos²³⁷.

Solução similar é aquela adotada no Reino Unido, por conta da aplicação do *Defamation Act* de 1996, em que pese atrelado ele também às diretivas europeias a tratar do assunto. Para se isentar da responsabilidade por conteúdos ilícitos gerados por terceiros, o provedor de serviços de internet, naquele modelo, deverá demonstrar que agiu com a cautela necessária em relação à publicação do conteúdo e que, ainda assim, não conhecia, não causou nem contribuiu para a publicação ilícita. Em suma, deve-se atentar à natureza e às circunstâncias da publicação; à conduta prévia do autor, editor e àquele que publicou o conteúdo; e à extensão da contribuição do provedor para que este fosse disponibilizado²³⁸. As cortes daquela jurisdição, confrontadas com o problema pela primeira vez em 1999 (no caso *Laurence Godfrey v. Demon Internet*), acrescentaram ainda que, para que se responsabilize o provedor será necessário demonstrar, ao menos, o seu conhecimento acerca da publicação sem, no entanto, que se exija alguma forma de notificação extrajudicial prévia por parte da vítima²³⁹. Qualquer prova de conhecimento, ou de negligência na moderação do conteúdo ilícito, conseqüentemente, seria suficiente a demonstrar a culpa do provedor na manutenção da ilicitude.

Ademais, particularmente para provedores de hospedagem (aqueles que, conforme explanado à pág. 42, meramente guardam as informações ou fornecem memória digital para a hospedagem de *sites* de terceiros), a jurisprudência britânica fixou o entendimento de que a responsabilidade somente subsistirá se houver *actual knowledge* do conteúdo ilícito, é dizer, que ele foi previamente avisado sobre a natureza do conte-

²³⁶ Idem, p. 243.

²³⁷ Idem, p. 243-244.

²³⁸ CAREY, op. cit., p. 220-221.

²³⁹ Idem, p. 221.

údo, o que, por sua vez, invoca o mecanismo de *notice and takedown* explicado mais à frente²⁴⁰. Já os provedores de pesquisa, segundo o entendimento do caso *Metropolitan International Schools Ltd (t/a Skillstrain and/or Train2game) v. Designtecnica Corp (t/a Digital Trends)*, não seriam jamais responsabilizados pelos resultados da busca (se o conteúdo não foi por ele criado ou publicado), mesmo se houver notificação do conteúdo, dado que a natureza destes os diferencia dos provedores e hospedagem e dos de conteúdo, não se podendo dele esperar qualquer tipo de controle sobre os dados encontrados nas pesquisas ordenadas pelos usuários²⁴¹.

Retornando ao estudo da responsabilização subjetiva brasileira, fixado o requisito da vigilância razoável, no contexto do mundo virtual, no entanto, já na execução desta tarefa de investigação de culpa por negligência dos provedores de aplicações se encontram grandes desafios, dentre os quais a impossibilidade de, em muitos casos, demonstrar a falha na fiscalização – dado que é bastante difícil ao usuário demonstrar quais medidas técnicas seriam razoáveis e suficientes por parte do provedor para evitar o dano –, de identificar o perpetrador do dano para eventual responsabilização solidária²⁴² e, ainda, mesmo que este seja encontrado, de

²⁴⁰ Idem, p. 221-222. No original: “*The provider of search facilities (in this case, Google Inc) could not be liable for search results containing alleged libels, Eady J. held, because Google Inc could not be regarded as the publisher of material appearing in search result. Importantly, unlike a standard ISP, notification to Google does not operate to remove this protection, owing to the mechanical nature of search engine technology*”. Em tradução livre: “O provedor da pesquisa (neste caso, a Google Inc) não poderia ser considerado o publicador do material que aparece nos resultados da busca. Relevantemente, diversamente de provedores de serviços de internet padrão, a notificação à Google Inc não opera para remover essa proteção, que se deve à natureza mecânica da tecnologia do mecanismo de pesquisa”.

²⁴¹ Idem, p. 223-224. No original: “A search engine, however, is a

²⁴² GODÓY, Claudio Luiz Bueno de. Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet). In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III* – Tomo II: marco civil da internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 307-320, p. 309. Atividade esta que, sugere-se, deveria incumbir ao provedor de aplicações, em conformidade com entendimento do próprio Superior Tribunal e Justiça (ANDRIGHI, op. cit.).

impedir o prolongamento da lesão pela difusão descontrolada do conteúdo ilícito, já que tal propagação só será impedida pelo provedor acaso se repute razoável tecnicamente fazê-lo. Ademais, a responsabilidade dependente da verificação da culpa permitirá que se impute a obrigação de indenizar apenas ao responsável direto da ofensa (ainda que esta seja decorrente da omissão de fiscalização), o que isentaria uma multiplicidade de atores de responder por suas condutas que, indiretamente (mas de forma decisiva), tenham contribuído com a causação do dano²⁴³.

Nesse sentido, reconhece Ricbourg-Attal que a variedade das ações que levam à publicação de certos conteúdos, bem como a possibilidade, ou não, de se identificar o seu causador direto e o constante surgimento de novos protagonistas no mundo virtual serão fatores determinantes para que a vítima decida ou descubra contra quem litigar²⁴⁴.

2.2 Responsabilização Objetiva

Diante das dificuldades apresentadas pela responsabilização subjetiva não condicionada, pouco se demorou a identificar que no Direito Digital deveria ter destaque a teoria do risco, ou seja, a responsabilização dos atores da internet independentemente da verificação de culpa²⁴⁵. Tal medida passou a se dar concomitantemente com a responsabilização subjetiva anteriormente explicada, porém com protagonismo dos tribunais estaduais²⁴⁶.

²⁴³ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 13-14; 19.

²⁴⁴ Ibidem.

²⁴⁵ PINHEIRO, op. cit., p. 514-515.

²⁴⁶ Como exemplo, aqui a referência a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO NO ORKUT. AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA DA PÁGINA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PROVEDOR DE INTERNET. TEORIA DO RISCO. RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO RECONHECIDA. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONFIGURADO VÍNCULO CONSUMERISTA. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Evidenciada a lesão ao direito e a responsabilidade pela indenização, no que concerne a exposição em espaço disponibilizado por provedor de internet, que permite que qualquer pessoa utilize das ferramentas ali existentes para criação de página em

Este foi o entendimento que marcou, em um primeiro momento, o posicionamento dos tribunais brasileiros: os provedores de aplicações criam e são beneficiados pelo volume de conteúdos que circula em suas plataformas, sem isso, não haveria razão para a sua existência; portanto, devem eles se responsabilizar pelo risco do negócio que é, justamente, que alguns desses conteúdos gerados por terceiros sejam lesivos aos demais usuários da rede²⁴⁷. Trata-se da adoção da teoria do risco-proveito. No mesmo sentido, considerava-se, também, que a criação de espaços onde os conteúdos disponibilizados assumem dimensão pública, sem prévio monitoramento, configuraria a exploração de tais serviços como atividades de risco, adotando-se, aqui, a teoria do risco-criado²⁴⁸.

Embora o quadro jurisprudencial fosse ainda diversificado, não se podendo falar em unanimidade de posicionamento, as decisões judiciais brasileiras revelavam uma firme marcha no sentido de reconhecimento da responsabilidade objetiva dos provedores de aplicações de internet pelo

que é veiculado conteúdo difamatório à honra dos usuários. Incumbe ao provedor filtrar as informações ali divulgadas, a fim de se evitar a propagação de crimes. (TJSC. AC n. 2012.009009-9. Relator: Desembargador Saul Steil. Florianópolis, 29 de maio de 2012).

²⁴⁷ PINHEIRO, op. cit., p. 515. SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 285.

²⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 284; MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 364. Análise mais detida sobre tais conceitos foi tecida à pág. 67.

conteúdo gerado por terceiros²⁴⁹, mesmo diante de protestos e da autodenominação dos provedores como simples “gestores” dos *sites* que controlam²⁵⁰.

²⁴⁹ Posição esta que foi respaldada, de início, até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça. Como exemplo: “DIREITO DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE CIVIL - RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO - ART. 159 DO CC/16 E ARTS. 6º, VI, E 14, DA LEI Nº 8.078/90 - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO - SÚMULA 284/STF - PROVEDOR DA INTERNET - DIVULGAÇÃO DE MATÉRIA NÃO AUTORIZADA - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO - RELAÇÃO DE CONSUMO - REMUNERAÇÃO INDIRETA - DANOS MORAIS - QUANTUM RAZOÁVEL - VALOR MANTIDO. 1 - Não tendo a recorrente explicitado de que forma o v. acórdão recorrido teria violado determinados dispositivos legais (art. 159 do Código Civil de 1916 e arts. 6º, VI, e 14, ambos da Lei nº 8.078/90), não se conhece do Recurso Especial, neste aspecto, porquanto deficiente a sua fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. 2 - Inexistente violação ao art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto, para a caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta. 3 - Quanto ao dissídio jurisprudencial, consideradas as peculiaridades do caso em questão, quais sejam, psicóloga, funcionária de empresa comercial de porte, inserida, equivocadamente e sem sua autorização, em site de encontros na internet, pertencente à empresa-recorrente, como “pessoa que se propõe a participar de programas de caráter afetivo e sexual”, inclusive com indicação de seu nome completo e número de telefone do trabalho, o valor fixado pelo Tribunal a quo a título de danos morais mostra-se razoável, limitando-se à compensação do sofrimento advindo do evento danoso. Valor indenizatório mantido em 200 (duzentos) salários mínimos, passível de correção monetária a contar desta data. 4 - Recurso não conhecido” (STJ. *REsp* 566.468/RJ. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Brasília, 23 de novembro de 2004, p. 561). Mesmo após a criação da exigência da notificação extrajudicial, tratada no tópico que segue, ainda se encontram decisões como a que segue: “RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANÚNCIO ERÓTICO FALSO PUBLICADO EM SITES DE CLASSIFICADOS NA INTERNET. DEVER DE CUIDADO NÃO VERIFICADO. SERVIÇOS PRESTADOS EM CADEIA POR MAIS DE UM FORNECEDOR. SITE DE CONTEÚDO QUE HOSPEDA OUTRO. RESPONSABILIDADE CIVIL DE TODOS QUE PARTICIPAM DA CADEIA DE CONSUMO. 1. No caso, o nome do autor foi anunciado em sites de classificados na internet, relacionando-o com prestação de serviços de caráter erótico e homossexual, tendo sido informado o telefone do local do seu trabalho. O sítio da rede

Tal posicionamento seria, ademais, fortalecido pela consideração de que, na maior parte dos casos envolvendo provedores de aplicações e usuários finais, estaria caracterizada uma relação de consumo, que garantiria a incidência do Código de Defesa do Consumidor – posição esta que

mundial de computadores apontado pelo autor como sendo o veiculador do anúncio difamante - ipanorama.com - é de propriedade da ré TV Juiz de Fora Ltda., a qual mantinha relação contratual com a denunciada, Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do portal O Click, que se hospedava no site da primeira ré e foi o disseminador do anúncio. Este último (O Click) responsabilizava-se contratualmente pela ‘produção de quaisquer dados ou informações culturais, esportivas, de comportamento, serviços, busca, classificados, webmail e outros serviços de divulgação’. 2. Com efeito, cuida-se de relação de consumo por equiparação, decorrente de evento relativo a utilização de provedores de conteúdo na rede mundial de computadores, organizados para fornecer serviços em cadeia para os usuários, mediante a hospedagem do site ‘O click’ no site ‘ipanorama.com’. 3. Assim, a solução da controvérsia deve partir da principiologia do Código de Defesa do Consumidor fundada na solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços. Para a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de consumo, apura-se a responsabilidade de um deles, objetiva ou decorrente de culpa, caso se verifiquem as hipóteses autorizadoras previstas no CDC. A responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo, todavia, não decorre de seu agir culposo ou de fato próprio, mas de uma imputação legal de responsabilidade que é servil ao propósito protetivo do sistema. 4. No caso em apreço, o site O click permitiu a veiculação de anúncio em que, objetivamente, comprometia a reputação do autor, sem ter indicado nenhuma ferramenta apta a controlar a idoneidade da informação. Com efeito, é exatamente no fato de o veículo de publicidade não ter se precavido quanto à procedência do nome, telefone e dados da oferta que veiculou, que reside seu agir culposo, uma vez que a publicidade de anúncios desse jaez deveria ser precedida de maior prudência e diligência, sob pena de se chancelar o linchamento moral e público de terceiros. 5. Mostrando-se evidente a responsabilidade civil da empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do site O click, configurada está a responsabilidade civil da TV Juiz de Fora, proprietária do site ipanorama.com, seja por imputação legal decorrente da cadeia de consumo, seja por culpa *in eligendo*. 6. Indenização por dano moral arbitrada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). 7. Recurso especial provido” (STJ. *REsp* 997.993/MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 de junho de 2012).

²⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 284.

é bastante tranquila na doutrina especializada²⁵¹ – e, logo, também a responsabilização objetiva, regime determinado por essa lei²⁵².

Em ambos os casos, embora pudessem variar os regimes de responsabilidade quanto à norma aplicável, assemelhar-se-iam as formas de responsabilização e as suas consequências. Isso porque, tanto nas relações consumeristas quanto nas relações privadas que não o sejam, regidas pelo Código Civil, a própria atividade habitualmente desenvolvida seria suficiente para ocasionar a verificação da responsabilidade independentemente de qualquer análise de culpa²⁵³. A insegurança e a imaterialidade que são próprias da rede seriam suficientes para demandar o reforço do dever de segurança daqueles que se dedicam a fazer negócios *online*, já que a responsabilidade estaria presente a partir da identificação do risco²⁵⁴.

A tônica das relações *online* assim, exigiria dos provedores, acima de tudo, o dever de informação acerca de todos os riscos inerentes à atividade²⁵⁵, sem que isso os eximisse dos danos que viessem a ser causados pelo mau uso de terceiros; bem como a identificação dos indivíduos responsáveis diretamente pela introdução na rede dos conteúdos ilícitos²⁵⁶.

Internacionalmente, o mesmo concluiu, ao se deparar com os primeiros casos que cogitavam a responsabilização dos provedores de aplicações por danos causados por terceiros, a jurisprudência francesa, considerando objetivamente responsáveis os *sites* que albergavam tais conteúdos ilícitos. Isso porque os atores da internet – na figura dos provedores de aplicações – ultrapassam o papel de meros provedores de conexão (ou seja, de provedores dos meios físicos para o acesso à rede ou de simples transmissão dos pacotes de dados), participando efetivamente do armazenamento de informações. Propondo-se a exercer tal atividade, decidiu a

²⁵¹ COIMBRA, op. cit., p. 1003; MIRAGEM, Bruno. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre provedores de conteúdo da internet e seus consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 79, p. 407-433, 2011.

²⁵² MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil...* cit., p. 814-817.

²⁵³ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 352.

²⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor; desafios atuais da regulação jurídica da internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 70, p. 41-92, abr./jun. 2009, p. 55-57.

²⁵⁵ PINHEIRO, op. cit., p. 514.

²⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 284-285.

Corte de Cassação, deveriam ter as condições necessárias para manter a segurança dos usuários²⁵⁷.

Apesar de ter sido afastado tal entendimento pela aprovação de Diretivas no âmbito da União Europeia que propunham o *notice and take-down* como requisito da responsabilização dos provedores, o posicionamento acima tem recebido renovada atenção, na França, a partir do surgimento de novos atores da internet, notadamente dos prestadores de serviços tais quais as redes sociais e os *sites* de desenvolvimento colaborativo (fóruns e *wikis*). Por tornarem mais complexas as interações *online* eles, na prática, reavivam a proposta de responsabilização pelo risco-proveito da atividade²⁵⁸, assim como pelo fato da coisa imaterial, destacando, com este último, a grande capacidade de adaptação do direito clássico às evoluções sociais²⁵⁹.

De fato, a Diretiva europeia 2000/31/EC acima mencionada se referia apenas aos atores passivos da internet²⁶⁰, que hoje são equiparáveis aos provedores de hospedagem, de correio eletrônico e (como se argumentará no item B deste capítulo) de pesquisa, de modo que é possível se cogitar a responsabilização diversa daqueles provedores aqui classificados como de conteúdo, por conta de sua maior interação com as informações disponibilizadas²⁶¹.

No direito alemão (com base na lei *Telemediengesetz* que busca adaptar as diretivas europeias à realidade daquele país) considera-se que os provedores de conteúdo – não se incluindo, portanto, os outros subtipos possíveis de provedores de aplicações²⁶² – serão responsáveis por todas as informações por si divulgadas, independentemente de terem sido elas

²⁵⁷ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 19-20.

²⁵⁸ Idem, p. 295; 372-373.

²⁵⁹ Idem, p. 295; 344; 362.

²⁶⁰ Trata ela apenas dos atores de *mere conduit*, das atividades de *caching* (ou seja, de armazenamento temporário de informações, e dos provedores de hospedagem – isso porque seu texto foi elaborado antes do desenvolvimento da *web* 2.0 que veio imprimir maior complexidade às relações na rede.

²⁶¹ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., p. 29-33.

²⁶² Na Alemanha a divisão dos provedores se dá entre provedores de acesso, provedores de conteúdo e provedores de hospedagem, desvinculando-se, portanto, estes, da condição de provedores de aplicações, quando se compara essa divisão com a classificação brasileira (HIRATA, op. cit., p. 609-610).

criadas ou inseridas na rede por terceiros. O titular do domínio da internet será o responsável pelo conteúdo ali relacionado.

Ainda no que diz respeito a esse ordenamento, isenta-se de responsabilidade o provedor, apenas se ele se distanciar expressa e concretamente daquela informação, não bastando uma declaração geral de não concordância. Impede-se, com isso, a limitação de responsabilidade *a priori*, como se intenta realizar com a imposição da aceitação dos termos e condições de uso dos serviços²⁶³. Da mesma forma responderá o provedor de hospedagem, caso transmita a impressão de que se responsabilizou pelo conteúdo, como por exemplo apondo às páginas de terceiros o seu logotipo ou colhendo autorização para repassar as informações a outros usuários da rede²⁶⁴.

2.2.1 Principais críticas à responsabilização objetiva

A crítica à responsabilização objetiva dos provedores de aplicações de internet é bastante contundente e segue uma linha comum: o receio de que ela prejudique o desenvolvimento das atividades na rede (tanto pelo viés econômico, quanto pela liberdade de expressão *online*²⁶⁵). Os argumentos que a sustentam, de forma técnica, dizem respeito à suposta ausência de criação de risco excepcional pela atividade desenvolvida pelos

²⁶³ Idem, p. 611-612.

²⁶⁴ Idem, p. 611.

²⁶⁵ BENTO, Leonardo Valles. Liberdade de expressão na Internet: alguns parâmetros internacionais e o direito brasileiro. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 136, p. 267-294, dez. 2014, p. 281; TAVEIRA JR., Fernando. Ponderações acerca da responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet por atos de terceiros. *Revista dos Tribunais*, v. 942, p. 71, abr. 2014; TEFFÉ, Chiara Antonia Spadacini de. Responsabilidade civil e liberdade de expressão no marco civil da internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. *Revista de Direito Privado*, v. 63, p. 59-83, jun./set. 2015.

provedores²⁶⁶ (bem como ao suposto “excesso na proteção do lesado”²⁶⁷), à inexistência de fato do serviço (quando da aplicação do Código de Defesa do Consumidor), e à impossibilidade técnica/prática de fiscalização dos conteúdos (que, argumenta-se, caso praticada, implicaria violação à liberdade de expressão e tornaria complexa demais a atividade, a ponto de impedi-la²⁶⁸). Os dois primeiros, é relevante dizer, foram inclusive adotados pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim passou a se manifestar a partir do julgamento do REsp 1192208, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.
2. O fato do serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.
3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.
4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário

²⁶⁶ BARBAGALO, Erica B. Aspectos da Responsabilidade Civil. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (Orgs.). *Conflito de nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet*. São Paulo: RT, 2003, p. 361. Com efeito, fala-se da necessidade da criação de um risco elevado (identificado como uma atividade perigosa), o qual, segundo essa perspectiva, não estaria presente nas atividades em rede. Acerca da identificação do risco da atividade com a atividade perigosa trata SALLES, op. cit., p. 263, ao mencionar que este último termo é adotado pelos Códigos Civis italiano e português, o que veio a se traduzir na prática brasileira.

²⁶⁷ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: _____ (Org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 57-73, p. 63-70.

²⁶⁸ ANDRIGHI; GUARIENTO, op. cit., p. 239; TAVEIRA JR., op. cit., p. 11-12.

não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.²⁶⁹

Leonardi ainda aponta para a possível consequência do estabelecimento de políticas agressivas de censura das condutas dos usuários por parte dos provedores, e o fomento da prática de fraudes, “permitindo a um sujeito inescrupuloso, posando de vítima, pleitear diretamente do provedor de serviços reparação por danos decorrentes de conduta perpetrada por determinado usuário, seu amigo de chicana, com quem dividiria, posteriormente, o montante porventura pago a título de indenização”²⁷⁰.

Em situações específicas, argumenta-se que quando uma pessoa é lesada por terceiro, sem que seja ela própria usuária da plataforma em que houve a lesão, não se haveria falar em equiparação do indivíduo lesado a consumidor, tendo em vista que não teve lugar acidente de consumo.

No mais, de forma ampla, poder-se-iam filiar alguns dos críticos da responsabilização objetiva no caso dos provedores de aplicações de internet ao argumento ideológico de que esta representaria a adoção de critérios da justiça distributiva, que não seriam adequadas à racionalidade do direito privado e, portanto, da responsabilidade civil²⁷¹.

A relevância de tais questionamentos se destaca no fato de que as respostas a eles nem sempre serão unânimes, demonstrando a abertura a diferentes racionalidades (guiadas por diferentes posicionamentos teórico-político-ideológicos) que permite o estudo do Direito. Oportuno, ainda assim, tecer os contra-argumentos tecidos pela doutrina.

²⁶⁹ REsp 1192208/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 02/08/2012. Esse entendimento veio a ser reproduzido na jurisprudência do STJ, podendo-se encontrar em seus julgados diversos que fazem alusão à conclusão acima. Como exemplo: AgRg no AREsp 484.995/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 10/02/2015.

²⁷⁰ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., p. 49.

²⁷¹ BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Fundamentos filosóficos da responsabilidade civil: mapa para uma discussão. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 15-26, p. 23.

A ausência de criação do risco excepcional, de início, é debatível: a própria consideração relativa à impossibilidade técnica de fiscalização de todos os conteúdos (que serve, por vezes, a embasar a não responsabilização dos provedores) parece revelar que a internet permite uma divulgação de informações muito mais ampla e mais rápida do que quaisquer outros meios de comunicação anteriormente explorados, de modo que seria possível argumentar que a atividade de permitir a divulgação de conteúdos *online* já expõe os indivíduos a maiores riscos do que aqueles ordinariamente enfrentados²⁷².

Essa mesma racionalidade, inclusive, está inserida na própria criação do Marco Civil da Internet, ao buscar a proteção do consumidor como um de seus fundamentos, diante da propagação de danos na internet. Ademais, a teoria do risco-criado, adotada quase unanimemente pela doutrina nacional²⁷³, não exige seja verificada a anormalidade da conduta, mas tão somente o seu potencial de causar dano, colocado o nexo de causalidade no vértice da questão²⁷⁴. Prescinde essa análise a existência de um defeito do exercício; em verdade, não se cogita, segundo o preceito do risco-criado, a existência de uma intercorrência no desenvolvimento da atividade normal; é suficiente que o risco seja demonstrado por critérios de avaliação estatísticos, técnicos ou das máximas da experiência²⁷⁵. Sob esse prisma, a expressão atividade “normalmente desenvolvida” significa, tão somente, o não acolhimento da teoria dos atos anormais, dado que a periculosidade inerente de uma atividade não é superada pelo seu simples desenvolvimento lícito²⁷⁶.

A respeito, Salles²⁷⁷ ainda sugere que se recorra a dois critérios (de forma concorrente ou não) para a verificação do perigo da atividade: (a) a quantidade de danos habitualmente causados pela atividade e (b) a gravidade de tais danos. Quanto ao primeiro, quantitativo, pode-se realizar pesquisa nos bancos de jurisprudência nacional, para que se verifique se é significativo, ou não, o número de danos causados por conteúdos de terceiros nas páginas dos provedores de aplicações de internet – indicação de que esse número é de fato elevado é a constatação de que, no Superior

²⁷² SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 284.

²⁷³ TEIXEIRA NETO, op. cit., p. 168-169.

²⁷⁴ PEREIRA, op. cit., p. 373-377.

²⁷⁵ TEIXEIRA NETO, op. cit., p. 169.

²⁷⁶ SALLES, op. cit., p. 264.

²⁷⁷ *Ibidem*.

de forma indireta pelos fornecedores²⁸⁰– tal doutrina, por sua vez, é criticada pelos adeptos da teoria do risco-criado, por impossibilitar a responsabilização em situações que não se possa comprovar, ou que seja de difícil comprovação o efetivo proveito obtido²⁸¹. O risco-criado, assim, atenderia melhor à vocação da responsabilidade civil de buscar a reparação da vítima, superando o enfoque no agente causador do dano, propiciando uma interpretação da norma mais condizente com a primazia da função reparatória²⁸². Em uma ou outra situação será o estudo do nexo de causalidade entre a atividade do provedor e o dano sofrido que revelará a necessidade de sua responsabilização.

Eventual temor de que a abertura da responsabilização objetiva segundo o risco seja excessivamente ampla, por sua vez, pode se apaziguar diante da constatação de que a sua aplicação, na prática, não tem apresentado os resultados devastadores anunciados:

[A]o que se infere do exame do preceito legal em causa, trata-se de uma regra arrojada do ponto de vista da amplitude da sua aplicação, com potencial, por isso mesmo, para promover uma crescente objetivação da responsabilidade advinda das relações privadas. O receio de abusos ou excessos confessado por alguns quando da sua entrada em vigor, contudo, justamente em razão dessa abertura, não

²⁸⁰ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 349-350. Acerca do proveito econômico obtido pelas empresas atuantes na internet, aponta Schreiber que “sites de relacionamento e redes sócias são um bem-sucedido modelo de negócios, que, sob a aparência de entretenimento quase distraído, esconde uma indústria de cifras significativamente maiores que a própria mídia tradicional. É um aspecto que não pode simplesmente ser desconsiderado em debates envolvendo a aplicação de normas jurídicas ao espaço virtual” (SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 282-283). No mesmo sentido, colhe-se da obra de Martins que “há um nítido reconhecimento do conteúdo intrinsecamente econômico das formas de organização social em rede”.

²⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 374-376; LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., p. 44.

²⁸² SALLES, op. cit., p. 262-263.

se concretizou nesses quinze anos de aplicação, podendo-se dizer até tímidas as suas manifestações na jurisprudência²⁸³.

O argumento da inexistência do fato do serviço (cabível apenas nos casos em que se invoca a responsabilidade civil com base no Código de Defesa do Consumidor²⁸⁴), por sua vez, tem por base o próprio texto legal, que limita a ocorrência de defeito àquelas situações que não poderiam ser esperadas pelo consumidor. Diz a literalidade da Lei:

Art. 14. 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.

Segundo os opositores da responsabilização objetiva, considerando a já conhecida velocidade das interações na rede, não poderiam razoavelmente esperar os consumidores que seja fornecida segurança absoluta contra conteúdos gerados por terceiros, tanto porque não se inseriria

²⁸³ TEIXEIRA NETO, op. cit., p. 169-170.

²⁸⁴ Notadamente, havendo ou não havendo relação de consumo, as regras a serem aplicadas, necessariamente, serão diferentes, não se podendo invocar, por exemplo, a responsabilidade pelo risco prevista no Código Civil quando da necessária subsunção do Código de Defesa do Consumidor, dado que este tem requisitos diversos para a responsabilização. A respeito, v. SALLES, op. cit., p. 267-269. Em suas palavras: “[A] mencionada ‘cláusula geral’ [do Código Civil] tem âmbito de incidência próprio, não devendo ser utilizada como fundamento genérico de toda e qualquer imputação objetiva”.

na atividade do provedor a obrigação de fiscalização integral²⁸⁵, quanto porque não seria razoável esperar que isso fosse feito²⁸⁶. Caberia aos fornecedores, então, apenas o dever de informação dos riscos, eximindo-se assim da responsabilidade pelos danos decorrentes de atos de terceiros.

Em contrário, argumenta-se, primeiro, que a simples possibilidade de edição dos conteúdos por parte dos provedores já seria suficiente para que lhes seja imputada a responsabilidade, dado que a sua negligência não poderia justificar a sua isenção, ainda que essa hipótese apresente o problema da dificuldade de comprovação da culpa²⁸⁷. Essa solução se coaduna, de certa maneira, à legislação estrangeira (especificamente aos artigos 12 a 14 da Diretiva CEE 31/2000) quando prevê que onde há controle deverá haver também responsabilidade. A partir do momento em que o provedor tem a prerrogativa de intervir na comunicação, dando-lhe origem, escolhendo ou modificando o seu conteúdo ou selecionando o seu destinatário (ainda que não o faça na prática), passaria a ser considerado responsável, eis que os conteúdos ofensivos passariam a se constituir em fortuito interno, inerente ao empreendimento²⁸⁸.

Além disso, os riscos que razoavelmente podem ser esperados pela utilização do serviço seriam aqueles decorrentes de seu uso 'normal'. Diga-se: o uso 'normal' de uma rede social expõe o usuário ao risco de ser, por exemplo, reconhecido por pessoas que não são de seu agrado. Corre-se o risco razoavelmente esperado, também, de receber convites para eventos aos quais não se tenha interesse de comparecer e, possivelmente, até contrários às suas convicções íntimas. A cada participação ativa na rede, corre-se o risco de a manifestação do indivíduo obter alcance maior do que o inicialmente pretendido, vindo inclusive a causar desconforto por parte do usuário.

Não se admitiria considerar, dentre esses riscos, aquele de ser moralmente lesado por outro usuário, nem tampouco de ter sua identidade

²⁸⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 367; MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Responsabilidade civil do provedor de internet...* cit., p. 355.

²⁸⁶ SOUZA; LEMOS, op. cit., p. 82-83.

²⁸⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 368.

²⁸⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Responsabilidade civil do provedor de internet...* cit., p. 355.

‘roubada’ por outro usuário²⁸⁹. O uso ilícito da rede por terceiros, portanto, não estaria comportado dentre os riscos abrangidos pela exceção da responsabilização objetiva.

Por fim, o argumento da impossibilidade técnica sustenta que seria inaceitável impor aos atores da internet ações de prevenção de danos que estariam fora do alcance de suas possibilidades técnicas, sob pena de desacelerar ou até impedir o desenvolvimento dos serviços na internet²⁹⁰. A aceitação dessa tese resulta, primeiro, da aceitação da premissa de que a impossibilidade técnica de fato existe, e de que a responsabilização só pode ser considerada objetiva até o limite dos riscos do desenvolvimento (remontando novamente, ao texto do Código de Defesa do Consumidor acima colacionado).

A resposta a essa proposição, por sua vez, questiona as possibilidades tecnológicas dos provedores, tendo em vista que: a um, elas são somente por eles conhecidas²⁹¹, não havendo como se garantir que já não exista, na internet, uma forma de revisão rápida dos conteúdos disponibilizados²⁹²; a dois, que já se demonstrou ser possível filtrar determinados

²⁸⁹ Para um estudo aprofundado sobre a questão da identidade em redes sociais, v. FAHIMY, Geelan. Liable for your lies: misrepresentation law as a mechanism for regulating behavior on social networking sites. *Pepperdine Law Review*, Malibu, v. 39, n. 2, jan. 2012.

²⁹⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 368.

²⁹¹ Idem, p. 368-369. Aponta Martins que Jimmy Wales, fundador da *Wikipedia*, já desmentiu o argumento da impossibilidade em entrevista prestada em 2009, quando admitiu ter criado um *software* para filtrar ofensas, por meio da identificação automática das edições problemáticas. Da mesma forma, já se constatou que o YouTube, *site* de compartilhamento de vídeos, possui tecnologia capaz de efetuar o controle prévio dos vídeos inseridos em sua plataforma, utilizando tal filtragem como forma de determinar a possibilidade, ou não, de monetização dos conteúdos conforme os interesses dos anunciantes.

²⁹² Em julgamento do STJ relatado pelo ministro Luis Felipe Salomão e publicado em 17/12/2013 constatou-se, por meio de laudo pericial juntado aos autos, a viabilidade do controle de vídeos pelo *site* YouTube, concluindo-se que a fiscalização não era realizada apenas por questões de conveniência e oportunidade do provedor. Assim lê a ementa: “DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. VÍDEOS DIVULGADOS EM SITE DE COMPARTILHAMENTO (YOUTUBE). CONTRAFAÇÃO A ENVOLVER A MARCA E MATERIAL PUBLICITÁRIO DOS AUTORES. OFENSA À IMAGEM E AO

NOME DAS PARTES. DEVER DE RETIRADA. INDICAÇÃO DE URL'S. DESNECESSIDADE. INDIVIDUALIZAÇÃO PRECISA DO CONTEÚDO DO VÍDEO E DO NOME A ELE ATRIBUÍDO. MULTA. REFORMA. PRAZO PARA A RETIRADA DOS VÍDEOS (24 H). MANUTENÇÃO. 1. Atualmente, saber qual o limite da responsabilidade dos provedores de internet ganha extrema relevância, na medida em que, de forma rotineira, noticiam-se violações à intimidade e à vida privada de pessoas e empresas, julgamentos sumários e linchamentos públicos de inocentes, tudo praticado na rede mundial de computadores e com danos substancialmente potencializados em razão da natureza disseminadora do veículo. Os verdadeiros 'apedrejamentos virtuais' são tanto mais eficazes quanto o são confortáveis para quem os pratica: o agressor pode recolher-se nos recônditos ambientes de sua vida privada, ao mesmo tempo em que sua culpa é diluída no anonimato da massa de agressores que replicam, frenética e instantaneamente, o mesmo comportamento hostil, primitivo e covarde de seu idealizador, circunstância a revelar que o progresso técnico-científico não traz consigo, necessariamente, uma evolução ética e transformadora das consciências individuais. Certamente, os rituais de justiça sumária e de linchamentos morais praticados por intermédio da internet são as barbáries típicas do nosso tempo. Nessa linha, não parece adequado que o Judiciário adote essa involução humana, ética e social como um módico e inevitável preço a ser pago pela evolução puramente tecnológica, figurando nesse cenário como mero expectador. 2. Da leitura conjunta da inicial e do que ficou decidido nas instâncias de origem, o presente recurso especial cinge-se à obrigação remanescente relativa aos vídeos com o título difamante, tenham sido eles indicados precisamente pelas autoras (com a menção das URL's), ou não, mas desde que existentes no site, com aquele preciso título, depois de o provedor ter sido formalmente notificado de sua existência. 3. Por outro lado, há referência nos autos acerca de perícia já realizada na qual se constatou a viabilidade técnica de controle dos vídeos no site youtube, concluindo o perito judicial que apenas por questões de conveniência e oportunidade o provedor não o realiza. 4. Com efeito, dada a moldura fática delineada, e diante da precisão do conteúdo do vídeo indicado e da existência de perícia nos autos a sugerir a possibilidade de busca pelo administrador do site, reafirma-se entendimento segundo o qual o provedor de internet - administrador de redes sociais -, ainda em sede de liminar, deve retirar informações difamantes a terceiros manifestadas por seus usuários, independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas em que foram veiculadas as ofensas (URL's). 5. A jurisprudência da Casa é firme em apregoar que a responsabilidade dos provedores de internet, quanto a conteúdo ilícito veiculado em seus sites, envolve também a indicação dos autores da informação (número de IP). 6. Multa cominatória reajustada para que incida somente a partir deste julgamento, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento, mantido o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a retirada dos

conteúdos automaticamente²⁹³, o que constitui inclusive uma obrigação por parte dos provedores de aplicações em muitas jurisdições quando se está diante de infração a direitos autorais, por exemplo²⁹⁴; e a três, que a função da responsabilidade civil objetiva é justamente promover a indenização das vítimas naquelas situações em que não haja como provar a culpa do lesante, seja pela falta de capacidade técnica da vítima, seja pela

vídeos difamantes. 7. Recurso especial parcialmente provido, apenas no tocante ao valor das astreintes” (STJ. *REsp 1.306.157/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 17 de dezembro de 2013).

²⁹³ A prática dos provedores de aplicações de barrar determinados conteúdos considerados contrários aos interesses do *site* em questão, seja para o estabelecimento de uma ordem virtual, seja por razões políticas e de interesse do provedor, é chamada de *gatekeeping* e tem pleno efeito, como se argumentará nos tópicos que seguem. Desde logo é pertinente, todavia, compartilhar a constatação de Wagner, op. cit., p. 26: “*The largest social network in the world with over a billion users also has a very specific model of speech regulation. It sees its role in regulating the content on its network as a core part of its function and has set very specific boundaries on its own expression governance regime. As the dominant monopoly in social networking space on the Internet, it is very hard to argue that Facebook does not play a crucial role in regulating Internet content*”. Em tradução livre: “A maior rede social do mundo com mais de um bilhão de usuários tem também um modelo bem específico de regulação da expressão. Ela vê a função de regular o conteúdo na sua rede como sua função central e criou barreiras bastante específicas no seu próprio regime de governança da expressão. Como o monopólio dominante do espaço das redes sociais, é difícil argumentar que o Facebook não tem um papel crucial em regular o conteúdo da internet”.

²⁹⁴ Tanto nos Estados Unidos da América quanto no Reino Unido o *DMCA* e o *Voluntary Copyright Alert Programme*, respectivamente, impõem a obrigação de monitorar as atividades ilegais dos usuários, impedindo a infração de direitos autorais e obrigando a indisponibilização do conteúdo infringente. No caso britânico, ademais, chegou-se a estudar a possibilidade de criação de um relatório de infrações, por meio do qual se mantivesse o controle da identificação de usuários reincidentes. LUCCHI, op. cit., p. 72-73. Além disso, também com relação a direitos autorais, explica Heald que os mecanismos de filtragem de *sites* como o YouTube têm sido utilizados, até mesmo, para garantir a monetização de alguns conteúdos, o que demonstra, ao menos, a sofisticação da capacidade de fiscalização daquela plataforma (HEALD, Paul. *How notice-and-takedown regimes create markets for music on YouTube: an empirical study*. *UMKC Law Review*, v. 83, n. 2, p. 313-328, 2014).

efetiva ausência de culpa. O risco da atividade, novamente, seria suficiente à imposição de obrigação de indenização dos danos²⁹⁵.

Sobre a capacidade técnica importa ainda mencionar o argumento de que, se o provedor criou uma plataforma ou tecnologia sobre o qual não consegue exercer controle, mas do qual se beneficia – já que o próprio descontrole acaba servindo como incentivo à utilização da rede por alguns usuários com intenções maliciosas –, devem a ele ser imputadas as consequências potencialmente desastrosas da atividade²⁹⁶. A aceitação da defesa de ausência de ferramentas de varredura seria então verdadeira hipótese de *venire contra factum proprium*²⁹⁷, tendo em vista que o próprio valor comercial dos *sites* da *web 2.0* depende, em proporção direta, da sua popularidade – quanto mais elevado e frequente for o acesso das pessoas ao ambiente, mais valorizado será o seu espaço publicitário e, consequentemente, maior será a remuneração dos provedores²⁹⁸.

Outrossim, argumenta-se,

em uma sociedade de massa, cujos prejuízos são distribuídos entre os agentes por meio da gestão do risco decorrente (*risk management*) de suas atividades profissionais, nada mais justo que a pulverização dos eventuais custos no preço dos contratos de publicidade, e, se preciso for, até mesmo a securitização dos possíveis futuros prejuízos²⁹⁹.

Em oposição, diz-se que, mesmo que seja tecnicamente possível revisar todos os conteúdos criados pelos usuários da rede, seria impossí-

²⁹⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 370.

²⁹⁶ GODOY, op. cit., p. 315.

²⁹⁷ Idem, p. 318; MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 373.

²⁹⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 71. O mesmo conclui John Hélder Oliveira Bahia (BAHIA, John Hélder Oliveira. *Responsabilidade civil dos sites de buscas e provedores de internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 7).

²⁹⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Responsabilidade civil do provedor de internet...* cit., p. 356.

vel, *prima facie*, determinar a ilicitude da informação realizada por terceiro³⁰⁰, papel este que caberia ao Poder Judiciário; ao que se destaca que essa mesma ‘impossibilidade’ seria aquela enfrentada por todos os editores e criadores de informação, ao determinarem a licitude, ou não, do seu conteúdo.

Quanto ao risco do desenvolvimento, por fim, deve-se esclarecer que tal previsão imporia a impossibilidade absoluta e objetiva de descobrir ou de prevenir a existência do defeito (a sua incognoscibilidade), e não apenas a incapacidade técnica do provedor, de maneira que, a simples existência da possibilidade de controle dos conteúdos por parte dos provedores (ainda que lenta e dispendiosa), justificaria a sua responsabilização. A comparação a se fazer, aqui, é entre o serviço do produtor e o estado da arte (o produtor ideal), e não apenas ao “provedor médio”³⁰¹. Isso não significa dizer que os provedores restariam obrigados a enveredar tais esforços hercúleos para prevenir todo e qualquer dano possível, os quais possivelmente inviabilizariam a própria atividade – que depende de celeridade –, mas sim que, havendo dano aos usuários por conteúdos gerados por terceiros, os provedores que os disponibilizaram estarão sujeitos a por eles responder.

Outrossim se, sob a ótica da análise econômica do direito, “a primeira função das regras de responsabilidade é a de influenciar no comportamento futuro, tanto dos potenciais agressores como das eventuais vítimas”³⁰², medindo-se sua eficiência pela diminuição na taxa de acidentes, será esta compatível com a adoção do regime de responsabilização objetiva aos provedores de aplicações de internet se isso vier a produzir um aumento da precaução social, com vistas a diminuir a causação de danos³⁰³, ou de possibilitar a sua reparação. Necessário será, aqui, o estudo das consequências da responsabilização dos provedores, seja no sen-

³⁰⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. La responsabilidad de los buscadores de internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III* – Tomo II: marco civil da internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 557-567, p. 561.

³⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 503-514.

³⁰² VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. Breves notas sobre a análise econômica da responsabilidade civil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 73-83, p. 73.

³⁰³ Idem, p. 74-80.

tido de demonstrar a diminuição dos danos quando de sua responsabilização, ou, do contrário, a inibição da atividade econômica, sendo ambos no momento resultados meramente especulativos.

De um modo ou de outro, em princípio a análise econômica do Direito não exclui a responsabilidade objetiva como ferramenta útil a responsabilidade civil. Pelo contrário, Calabresi, um de seus expoentes, chegou a criticar o sistema de responsabilidade fundada na culpa ao se debruçar sobre o “custo dos acidentes”, preconizando a adoção de regras simples e diretas que fizessem recair a responsabilidade sobre aquele que poderia tê-los evitado a custos menores (princípio do *cheapest cost avoider*)³⁰⁴ – destacando-se aqui também a maior possibilidade e meios técnicos dos provedores de individualizar os reais causadores do dano, para eventualmente atribuir-lhes a responsabilidade³⁰⁵.

No mesmo sentido, retira-se da lição de Araújo que “a eficiência de uma regra de indenização mais não é do que a sua susceptibilidade de internalizar custos sociais advindos de atividades arriscadas, potencialmente danosas”³⁰⁶. Teria lugar também na análise econômica, então, a responsabilização objetiva, por ser atrelada à prevenção, esta que possuiria nessa linha de estudo um papel eminente dentre as funções da responsabilidade civil³⁰⁷.

Já quanto aos receios apontados por Leonardi, pode-se dizer que já se viveu (e vive), nacional e internacionalmente, a prática da responsabilização objetiva, sem que se verifiquem tais nefastos efeitos ‘censores’. Ademais, como se tratará mais adiante, a edição do conteúdo por parte do provedor não deve, em si, ser considerada contrária à liberdade de expressão, tendo em vista que ele é uma empresa privada que já detém a prerrogativa de intervenção nos conteúdos (sem que isso seja considerado, logo, uma atividade censora)³⁰⁸, e que a retirada de conteúdos, em princípio, deveria se limitar à verificação de ilicitude, o que por evidente não é albergado pela proteção constitucional.

³⁰⁴ Idem, p. 76.

³⁰⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 355.

³⁰⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 832.

³⁰⁷ VENTURI, Thaís G. Breves notas sobre a análise econômica da responsabilidade civil... cit., p. 80.

³⁰⁸ O que, como visto, já ocorre com determinados conteúdos (nota 293 supra).

Não se identifica, nem mesmo no caso de responsabilização objetiva, incentivo para que a empresa responsabilizada ultrapasse em sua atuação a cautela que se consideraria adequada, apagando em massa informações dos usuários, isso porque a exclusão desnecessária de conteúdos é contrária a seu próprio negócio, que se baseia no grande número de usuários – as empresas, desse modo, seriam levadas a encontrar um equilíbrio entre a retirada e a manutenção de informações de licitude duvidosa, prevenindo, para os casos de risco, inclusive, seguros de responsabilidade (se isso considerassem necessário), ou de outro modo internalizando seus custos.

Da mesma forma, a ilustração da situação do falsário indicaria mais a falha do prestador do serviço do que uma situação causada pela responsabilização objetiva – já que esta, em verdade, não cria situações, mas tão somente regula danos causados sob determinadas circunstâncias. Isso porque, uma das consequências esperadas da responsabilização objetiva seria a mais atenta identificação dos usuários do serviço por parte do prestador, podendo este se valer de ações de regresso no caso de condenação e, no mais, diminuindo o incentivo (do anonimato) para o cometimento do ilícito. Para que a situação mencionada pelo autor pudesse se concretizar, ter-se-ia que admitir que a empresa de fato não se preocupou com a identificação do usuário e que não fiscalizou conteúdos ilícitos.

Mais do que isso, o ‘golpe’ ilustrado seria possível não só com relação aos provedores de aplicações de internet, mas também no mundo físico (com relação a quaisquer empresas que estejam submetidas à responsabilização objetiva) e não se cogita, por causa disso, a abolição de todo o sistema de responsabilidade sem culpa, até porque, a depender do caso, nem ao menos seria ela acionada, acaso se verifique a ocorrência de fato exclusivo de terceiro – ou seja, a responsabilização tradicional já oferece a válvula necessária à não responsabilização em situações extremas.

Por fim, mesmo a não verificação de acidente de consumo não afastaria a responsabilidade pelo risco, acima elaborada, de modo que ainda que não se cogite a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, haveria substrato para a continuidade da aplicação da responsabilidade objetiva.

Mesmo a par dos contra-argumentos tecidos, as críticas levantadas inicialmente encontraram respaldo em solo nacional, em busca da proteção do desenvolvimento livre da atividade em rede, levando, em um primeiro momento, à adoção de ferramenta estrangeira conhecida como *notice and takedown*.

2.2.2 Provedores isentos da responsabilização objetiva

Alguns provedores de aplicações, por serem considerados por parte da jurisprudência nacional como meros intermediários da atividade na internet foram, desde logo, isentados da responsabilização objetiva pelos danos causados por atos de terceiros. Seriam eles aquele que, mesmo prestando serviços na condição de provedores, não possuíam a prerrogativa de editar conteúdos, sob pena, inclusive, de serem por isso responsabilizados, em função da natureza da atividade e de impedimentos legais e constitucionais.

Nessa categoria estariam incluídos os provedores de hospedagem (no sentido aqui atribuído a eles, que exclui dessa categoria as redes sociais), os provedores de correio eletrônico e, comumente também, porém com exceções, os provedores de pesquisa³⁰⁹.

O tratamento diferenciado destes provedores se explica por sua própria caracterização, não obstante, foi suplantado pelo Marco Civil da Internet, como se demonstrará a seguir. Quanto ao caso especial dos provedores de pesquisa, ademais, será ele tratado com maiores detalhes no tópico 2.3.2 que segue, tendo em vista se reconhecer a ele, também, por vezes, a isenção de responsabilidade mesmo nas hipóteses de notificação prévia pelo ofendido.

2.3 Responsabilidade Subjetiva Condicionada – *Notice and Takedown*

A constatação de uma suposta impossibilidade técnica de fiscalizar todas as informações postadas pelos usuários, como se adiantou, levou os tribunais, tanto nacionais como estrangeiros, a procurar soluções diversas para a responsabilização dos provedores de aplicações. Se, na França, isso significou um retorno, de certa maneira, à responsabilização subjetiva, no Brasil, por outro lado, isso implicou a adoção, pela jurisprudência, do parâmetro de notificação extrajudicial do provedor para retirar o conteúdo do ar, sob pena de responsabilização pessoal.

Com esse regime, seria recriada uma forma de responsabilização específica ao se entender que a omissão na retirada do conteúdo ilícito

³⁰⁹ CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-marco civil da internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 185-231, mai./jun. 2015, p. 30.

representaria a concordância com a sua divulgação (e não apenas a desobediência de ordem judicial, que já é, em si, considerada ilícita)³¹⁰. Trata-se de uma forma de responsabilização subjetiva condicionada ao não atendimento de notificação prévia.

Ambas as mudanças foram impulsionadas, contudo, por uma consideração comum: seria demasiado custoso à manutenção da atividade dos provedores³¹¹ e à liberdade de expressão a obrigação de monitorar todo o conteúdo compartilhado pelos usuários, não se devendo estabelecê-la como intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de conteúdo³¹². Especificamente de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que foi a corte que se encarregou de unificar a jurisprudência nacional quanto à matéria antes da entrada em vigor da lei específica, impor tal fiscalização significaria criar um verdadeiro instrumento de censura à liberdade de expressão³¹³.

Para os franceses, a solução ao problema identificado foi impor aos provedores o dever de promover, razoavelmente, a fiscalização, cabendo a eles, assim, uma obrigação de meio. Não se poderia esperar dos provedores que impedissem todo e qualquer dano, mantendo uma vigilância minuciosa e aprofundada dos conteúdos dos *websites* que comandam; eles deveriam, no entanto, promover medidas razoáveis para, na medida de sua capacidade e do que deles se pode esperar, afastar de suas páginas os conteúdos cuja ilicitude é aparente (sendo que essa aparência deverá ser apreciada, também, conforme as características do provedor de conteúdo, a depender de sua interação com as informações disponibilizadas pelos usuários). A própria Corte de Cassação francesa, então, passou a reconhecer, nesse momento, que os provedores se submeteriam, apenas, a uma obrigação geral de prudência e de diligência (retornando assim à responsabilização subjetiva pela negligência)³¹⁴ – mantém-se aqui, no entanto, a

³¹⁰ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 184.

³¹¹ Idem, p. 20.

³¹² COIMBRA, op. cit., p. 1003.

³¹³ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de internet: uma década à procura de regulação. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 143-170, p. 156.

³¹⁴ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 20.

ressalva feita acima sobre o contemporâneo retorno gradual da doutrina europeia à tese da responsabilização objetiva pelo risco-proveito.

Já no Brasil, o STJ decidiu por condicionar a responsabilidade do provedor à tomada de conhecimento do conteúdo lesivo, por intermédio de notificação extrajudicial³¹⁵, a exemplo da legislação estrangeira, particularmente da Diretiva 2000/31/EC – sobre aspectos legais dos serviços da sociedade da informação (com enfoque em comércio eletrônico) –, da Diretiva 2002/58/CE – acerca da proteção de dados pessoais e à privacidade no setor das comunicações eletrônicas –, ambas da União Europeia, e de adaptações feitas ao *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), legislação estadunidense, a respeito dos direitos autorais na internet.

As diretivas internacionais, cada uma à sua maneira, isentaram os provedores de aplicações do dever geral de vigilância (ou obrigação geral de vigilância) que anteriormente lhes era imposto³¹⁶, ainda que tal isenção fosse limitada a algumas categorias de provedores, exigindo, para a responsabilização, o *actual knowledge* (conhecimento efetivo) do conteúdo, que se dará por meio da notificação do ofendido³¹⁷. O DMCA, por tratar especificamente sobre direitos autorais, apesar de ser amplamente considerado o criador da ideia de um mecanismo de *notice* para a incidência de responsabilização aos provedores de aplicações, não confere tão ampla proteção aos atores da internet quanto em um primeiro momento possa parecer. Para os conteúdos ilícitos de outra natureza, a proteção dos provedores, nos EUA, se dá pela observação do *Communications Decency Act of 1996* (CDA), que alterou a redação da Seção § 230 do título 47 do *United States Code*, conferindo ampla liberdade ao provedor de conteúdo (tenha ou não poder de editor da informação), até mesmo no sentido de não o responsabilizar pelos conteúdos gerados por terceiros mesmo que seja notificado de eventuais ilegalidades ali cometidas³¹⁸ – o que significa dizer que, em determinadas situações, será inclusive tolerada a não indisponibilização do conteúdo lesivo. O CDA, logo, reforça a diminuição da

³¹⁵ GODOY, op. cit., p. 309.

³¹⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 353.

³¹⁷ CAREY, op. cit., p. 222.

³¹⁸ RUSTAD, Michael L.; KOENIG, Thomas H. Rebooting cybertort law. *Washington Law Review*, Seattle, v. 80, p. 335-416, 2005, p. 347.

exigência de vigilância prévia por parte dos provedores³¹⁹. Na mesma linha seguiram os tribunais nacionais, retirando dos usuários qualquer expectativa de que houvesse vigilância intensa dos conteúdos disponibilizados em rede.

A partir de então, somente no caso de omissão do provedor de aplicações, após recebida a notificação do ofendido, que resulte na manutenção do conteúdo ilícito em circulação, seria o provedor em questão corresponsabilizado pela indenização do dano. O julgado que é por alguns considera o *leading case* da matéria, no Brasil, teria sido o REsp 1.193.764³²⁰ (embora este ainda falasse, também, da responsabilização do

³¹⁹ RIBEIRO, op. cit., p. 169.

³²⁰ “DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA. 1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo ‘mediante remuneração’ contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários,

coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*. 7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet. 8. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ. *REsp 1.193.764/SP...* cit., v. nota 92 supra). No mesmo sentido: *REsp 1.186.616/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 23 de agosto de 2011; STJ. *REsp 1.306.066/MT*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 17 de abril de 2012; STJ. *REsp 1.308.830/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 08 de maio de 2012; STJ. *REsp 1.192.208/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 de junho de 2012; STJ. *AgRg no REsp 1.309.891/MG*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 26 de junho de 2012; STJ. *AgRg no AREsp 137.944/RS*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira Brasília, 21 de março de 2013; STJ. *AgRg no AREsp 308.163/RS*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 14 de maio de 2013; STJ. *AgRg no AREsp 240.713/MG*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 17 de setembro de 2013; STJ. *AgRg no AREsp 12.347/RO*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 24 de setembro de 2013; STJ. *AgRg nos EDcl no REsp 1.284.096/MG*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 10 de dezembro de 2013; STJ. *AgRg no AREsp 479.351/SP*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 24 de abril de 2014; STJ. *AgRg no AREsp 305.681/RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 04 de setembro de 2014; STJ. *REsp 1.501.187/RJ*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 16 de dezembro de 2014; STJ. *AgRg no AREsp 642.400/PR*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 12 de maio de 2015; STJ. *AgRg no AREsp 495.503/RS*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 26 de maio de 2015; STJ. *AgRg no AREsp 89.372/PR*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 18 de agosto de 2015; STJ. *AgRg no AREsp 123.013/SP*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 27 de outubro de 2015; STJ. *AgInt no AREsp 622.688/SP*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 20 de setembro de 2016; STJ. *REsp 1.342.640/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 07 de fevereiro de 2017; STJ. *REsp 1.531.653/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de junho de 2017; STJ. *REsp 1.641.155/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de junho de 2017; STJ. *REsp 1.641.133/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 20 de junho de 2017.

provedor pela não identificação do usuário que causou o dano), que deu abertura a uma série de decisões posteriores no mesmo sentido ali espousado, porém restringindo à responsabilização a exigência de notificação prévia³²¹. Desde então, viu seu surgimento em solo nacional a regra do *notice and takedown*³²² à que se somou até mesmo a previsão do prazo razoável para retirada, que seria de 24 (vinte e quatro) horas, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça³²³.

³²¹ CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo... cit., p. 345. O que se repete nas decisões acerca do tema é a previsão de que o provedor é responsável pelo dano advindo do conteúdo apenas “caso mantenha-se inerte quando solicitado a retirar conteúdo ofensivo veiculado em site sob seu domínio” (AgRg no AREsp 229.712/RJ, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 04/02/2014, DJe 14/02/2014).

³²² GARCIA, Rebeca. Marco civil da internet no Brasil: repercussões e perspectivas. *Revista dos Tribunais*, v. 964, p. 161-190, fev. 2016, p. 171.

³²³ “RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. DANO MORAL. CRIAÇÃO DE PERFIS FALSOS E COMUNIDADES INJURIOSAS EM SÍTIO ELETRÔNICO MANTIDO POR PROVEDOR DE INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. AUSÊNCIA DE CENSURA. NOTIFICADO O PROVEDOR, TEM O PRAZO DE 24 HORAS PARA EXCLUIR O CONTEÚDO DIFAMADOR. DESRESPEITADO O PRAZO, O PROVEDOR RESPONDE PELOS DANOS ADVINDOS DE SUA OMISSÃO. PRECEDENTES ESPECÍFICOS DO STJ. [...] 4. Impossibilidade de se impor ao provedor a obrigação de exercer um controle prévio acerca do conteúdo das informações postadas no site por seus usuários, pois constituiria uma modalidade de censura prévia, o que não é admissível em nosso sistema jurídico. 5. Ao tomar conhecimento, porém, da existência de dados ilícitos em ‘site’ por ele administrado, o provedor de internet tem o prazo de 24 horas para removê-los, sob pena de responder pelos danos causados por sua omissão [...]” (STJ. *REsp* 1.337.990/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 21 de agosto de 2014). Ainda: STJ. *REsp* 1.323.754/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2012; STJ. *REsp* 1.328.706/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 15 de outubro de 2013; STJ. *REsp* 1.406.448/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 15 de outubro de 2013; STJ. *REsp* 1.403.749/GO. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 22 de outubro de 2013; STJ. *REsp* 1.396.417/MG... cit.; STJ. *REsp* 1.338.214/MT. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 de novembro de 2013.

Seria a notificação uma forma de garantir o conhecimento real, por parte do provedor, da informação considerada ilícita, por um lado reduzindo a pressão por fiscalização própria dos conteúdos disponibilizados por terceiros, e por outro levando à responsabilização do provedor que, diante da notícia do ilícito, restasse inerte (ou que não tomasse medidas apropriadamente velozes para impedir a propagação do ilícito)³²⁴.

A partir da notificação extrajudicial, ademais, poder-se-ia ordenar ao provedor que promovesse a luta contra os conteúdos ilícitos, informando-os às autoridades competentes acaso isso fosse considerado necessário³²⁵ – apesar de tal medida, no Brasil, não estar prevista em lei, nem tampouco estar compreendida nos julgamentos das cortes superiores. Deixaria de existir, desse modo, para o provedor, qualquer dever de monitoramento prévio, atuando somente a notificação extrajudicial (antes, por evidente, da entrada em vigor do Marco Civil da Internet) como um alerta válido e suficiente para que verifiquem o suposto dano causado³²⁶ – à exceção de casos específicos em que se considerava ser de sua responsabilidade a fiscalização prévia, como quando o provedor exercesse

³²⁴ CAREY, op. cit., p. 222.

³²⁵ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 178.

³²⁶ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão... cit., p. 404.

atividade de portal de notícias³²⁷, ou quando disponibilizasse ferramentas de denúncia de conteúdo ilícito³²⁸.

A adoção do *notice and takedown* é, enfim uma isenção total do dever geral de vigilância das informações, que ultrapassa o retorno à teoria da culpa, causando a completa não responsabilização anterior à notificação³²⁹.

³²⁷ “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. PORTAL DE NOTÍCIAS. RELAÇÃO DE CONSUMO. OFENSAS POSTADAS POR USUÁRIOS. AUSÊNCIA DE CONTROLE POR PARTE DA EMPRESA JORNALÍSTICA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PERANTE A VÍTIMA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. Controvérsia acerca da responsabilidade civil da empresa detentora de um portal eletrônico por ofensas à honra praticadas por seus usuários mediante mensagens e comentários a uma notícia veiculada. 2. Irresponsabilidade dos provedores de conteúdo, salvo se não providenciarem a exclusão do conteúdo ofensivo, após notificação. Precedentes. 3. Hipótese em que o provedor de conteúdo é empresa jornalística, profissional da área de comunicação, ensejando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 4. Necessidade de controle efetivo, prévio ou posterior, das postagens divulgadas pelos usuários junto à página em que publicada a notícia. 5. A ausência de controle configura defeito do serviço. 6. Responsabilidade solidária da empresa gestora do portal eletrônica perante a vítima das ofensas. 7. Manutenção do 'quantum' indenizatório a título de danos morais por não se mostrar exagerado (Súmula 07/STJ). 8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO” (STJ. *REsp* 1.352.053/AL. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 24 de março de 2015).

³²⁸ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROVEDOR DE INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. UTILIZAÇÃO PELO LESADO DA FERRAMENTA DE DENÚNCIA DISPONIBILIZADA PELO PRÓPRIO PROVEDOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. QUANTUM ARBITRADO COM RAZOABILIDADE. SÚMULA 07 E 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO” (STJ. *AgRg no Resp* 1.325.220/MG. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 18 de junho de 2013).

³²⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 365.

Embora atingido por diversas críticas, seus efeitos práticos foram em grande parte considerados promissores pela doutrina especializada, como Schreiber e Leonardi³³⁰, por representarem um meio termo entre a total responsabilização dos provedores e o desamparo dos usuários, oferecendo ao menos um mecanismo para a indisponibilização de conteúdos ilícitos, sem exigir esforços técnicos supostamente extremados dos provedores de aplicações³³¹.

Com efeito, tal mecanismo é atualmente difundido internacionalmente, vindo até mesmo a jurisprudência francesa a ser superada pela aprovação, naquele país, da Lei n. 2004-575, que realizou a transposição ao ordenamento interno da Diretiva europeia de 2000, que, como visto, estabelecia a utilização desse mecanismo. A Alemanha, da mesma forma, passou a fazer uso do *notice and takedown* a partir da sua adoção pelos tribunais, particularmente em relação aos provedores de hospedagem – haja vista que a responsabilização dos provedores de conteúdo se dá segundo a *Telemediengesetz*³³². Apesar disso, resta aos tribunais a adaptação das regras de responsabilização aos novos atores da internet que aos poucos vão surgindo com a evolução da rede e que, invariavelmente, semeiam dúvida quanto à sua responsabilidade³³³.

2.3.1 Principais críticas à regra de *notice and takedown*

A adoção do instituto de *notice and takedown* pelo ordenamento brasileiro, por evidente, sofreu críticas devido ao afastamento, sem estudo aprofundado prévio e sem a adoção dos requisitos exigidos pela jurisprudência estrangeira³³⁴, das tradicionais formas de responsabilização civil –

³³⁰ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 287.

³³¹ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., p. 98.

³³² Conforme exposto às págs. 76 (nota 231) e 86 (nota 262).

³³³ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 21-22.

³³⁴ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 288-289. A respeito, oportuno transcrever a pertinente observação de Schreiber: “O perigo de uma incorporação jurisprudencial do *notice and takedown* no Brasil residia precisamente na sua ‘incorporação pela metade’. Como sói acontecer entre nós, especialmente em matéria de responsabilidade civil, incorporava-se a ‘ideia’ do instituto sem a compreensão prévia e o conseqüente acolhimento dos seus múltiplos aspectos. O espaço restrito do julgamento de um caso concreto não permitia um

representando uma fissão no sistema brasileiro³³⁵ –, e mais, por reduzir a proteção dos usuários da rede (que muitas vezes ocupam o papel de consumidores diante dos provedores), em benefício, muitas vezes, de grandes corporações internacionais. Segundo parte da doutrina especializada: “parece-se ir de encontro às novas tendências da responsabilidade civil atual, de abandono de enfoque acerca do dano causado em prol da reparação da reparação do dano sofrido, consequência natural da própria irradiação da tábua axiológica constitucional”³³⁶.

Notadamente, parte da doutrina nacional destaca que os usuários da internet, sejam ou não sejam consumidores, em geral estão em situação de vulnerabilidade (técnica) em relação aos provedores de serviços, em virtude da especificidade e da especialização que exige a compreensão profunda do meio³³⁷. Daí adviria a necessidade de intensificar a proteção dos internautas, o que de logo invocaria a responsabilização objetiva e afastaria qualquer instrumento intermediário (tal qual o *notice and take-down*) que afastasse do usuário a possibilidade de reparação de danos sofridos no meio virtual.

A necessidade de responsabilização objetiva ficaria ainda mais clara quando se utiliza a sistemática do Código de Defesa do Consumidor, considerando que o Superior Tribunal de Justiça, antes da entrada em vigência do Marco Civil da Internet, reconhecia a existência de relação de consumo em demandas envolvendo fornecedor de serviços na internet e consumidor pessoa física ou jurídica³³⁸. Decidir pelo contrário da responsabilização dos provedores de aplicações de internet objetivamente quando presente relação de consumo e reconhecida a vulnerabilidade de uma das partes da relação seria, assim, decidir em contrariedade não só à proteção constitucional genérica conferida ao consumidor, mas também à própria proteção legal específica debatida e aprovada pelo legislador ao aprovar o Código de Defesa do Consumidor.

desenvolvimento detalhado do funcionamento integral do instituto e, assim, a noção de *notice and takedown* começava a fazer estrada na nossa jurisprudência, sempre com a melhor das intenções, mas de forma algo arriscada”.

³³⁵ *Idem*, p. 287.

³³⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 353.

³³⁷ *Idem*, p. 341.

³³⁸ ANDRIGHI, op. cit.

A partir dessa compreensão de que a proteção dos vulneráveis na relação de consumo não só tem *status* constitucional no Brasil, como também é já tutelada por lei própria, não se justificaria, para alguns doutrinadores, a importação acrítica da regra de notificação extrajudicial³³⁹, a qual tem como efeito imediato postergar a reparação de danos³⁴⁰ e, em alguns casos, até mesmo impossibilitar a completa remoção do conteúdo ilícito, tendo em vista a dinamicidade da rede e a ausência de conhecimento técnico especializado de muitos dos usuários.

Tal regime, considerado extremamente favorável aos provedores de aplicações, imporá contra os usuários da rede todo o ônus da prova, deixando-o ainda na dependência da disponibilização de meios de notificação pelo próprio fornecedor³⁴¹, o que iria diretamente de encontro com a observada tendência atual da responsabilidade civil que tem, nacional e internacionalmente, buscado facilitar cada vez mais a indenização da vítima³⁴².

Outra crítica ao abandono da responsabilização objetiva que merece destaque é aquela que questiona a equiparação dos *sites* dos provedores de conteúdo a espaços públicos, o que parece estar presente nas concepções do Superior Tribunal de Justiça, ao enunciar que a não responsabilização dos provedores privilegiaria a liberdade de expressão e que o controle prévio das informações por estes equivaleria à quebra de

³³⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais; responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 78, p. 191-220, abr./jun. 2011, p. 218.

³⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 287.

³⁴¹ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 354.

³⁴² RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 184. Chega a defender a autora que “*En effet, lors des deux derniers siècles, le législateur et les juges n’ont cassé de développer des régimes dits objectifs, dans le but de garantir l’indemnisation des victimes. Pas conséquent, ce mécanisme dénote particulièrement puisqu’il gravite autour des hébergeurs, soit des potentiels responsables, et non autour des victimes*”. Em tradução livre: “Na verdade, durante os últimos dois séculos, o legislador e os juízes não pararam de desenvolver os chamados regimes objetivos, a fim de garantir a compensação das vítimas. Portanto, esse mecanismo destoa porque ele gravita, em particular, em torno dos provedores de hospedagem, isto é, do potencial responsável, e não em torno das vítimas”.

sigilo de correspondências³⁴³. Aqui, a crítica se faria no sentido de apontar o caráter privado da maioria dos provedores de conteúdo os quais, muitas vezes, não só se reservam o direito de acessar e rejeitar as informações disponibilizadas pelos usuários, como se valem de seus dados pessoais para a obtenção de lucro.

Assim como não se qualifica como censura a proibição, em um espaço privado, de publicação acerca de determinados assuntos, funcionando o proprietário do local ou do meio de comunicação como um verdadeiro editor de conteúdos, também não se poderia fazê-lo em relação à edição dos provedores de serviços *online*. Outrossim, a fiscalização e filtragem exigidos pela jurisprudência anterior seriam somente em relação a conteúdos ilícitos os quais, por evidente, são vedados (ou seja, não abarcados pela liberdade de expressão). Hijmans, no contexto europeu, rememora que uma internet livre não significa uma internet desprotegida; nela continuam a vigorar as normas de proteção da pessoa, devendo, onde estes forem desrespeitados, ocorrer a necessária intervenção³⁴⁴ ou, no presente caso, a responsabilização adequada.

Por outro lado, paradoxalmente, pode-se argumentar que a adoção de mecanismo de notificação extrajudicial de retirada, ao invés de promover a liberdade de expressão, pode resultar na retirada de circulação injusta de conteúdos lícitos³⁴⁵. Explica-se: se a não obediência à notificação extrajudicial do suposto ofendido, por si só, gera a responsabilização do provedor acaso mais adiante seja considerado lesiva a comunicação questionada, não haverá qualquer incentivo para que, havendo o *notice*, o provedor de conteúdo efetivamente se dê o trabalho de verificar por conta própria se o conteúdo é de fato ilícito; qualquer notificação (mesmo que efetuada de má-fé pela suposta vítima), racionalmente, seria atendida, eis que isso minimizaria a zero a chance de condenação do provedor³⁴⁶. Ao invés de se promover a liberdade no ambiente virtual, o mecanismo de

³⁴³ STJ. *REsp 1.308.830/RS...* cit.

³⁴⁴ HIJMANS, Hielke. *The European Union as guardian of internet privacy: the story of Art. 16 TFEU*. Bruxelas: Springer, 2016, p. 25.

³⁴⁵ COIMBRA, op. cit., p. 1008.

³⁴⁶ CAREY, op. cit., p. 222.

notificação extrajudicial poderia, então, servir como um censor de comunicações lícitas e uma ferramenta que daria efetividade às notificações abusivas³⁴⁷.

Não por outra razão, o Relator Especial das Nações Unidas para Liberdade de Opinião e de Expressão critica o sistema de *notice and take-down* e sugere que devem ser postos em prática meios mais adequados para promover a obrigação de exclusão de conteúdos, tal qual o recurso ao poder judiciário. Os intermediários, como entidades privadas, não estariam na melhor posição para tomar a decisão sobre se determinado conteúdo é ou não é ilícito³⁴⁸. Sem adentrar a crítica da técnica da pondera-

³⁴⁷ RIBEIRO, op. cit., p. 169. Segundo a autora, a respeito do mecanismo previsto no DMCA: “*Despite this act’s attempts to limit providers’ liability, the act still leaves room for abuses and restrictions of freedom of expression. Access providers are well protected and do not have any incentive to control content. However, application providers, in order to avoid liability, have a strong incentive to take down content related to any notice received, without analysing its sources. This attitude, which is understandable and should be expected from providers, acts as a great incentive to abuse the rights of notifying providers. At times people and institutions manage to take down content that contradicts their beliefs or interests, simply through a notification to providers claiming that the content is infringing copyright*”. Em tradução livre: “Apesar da tentativa deste ato de limitar a responsabilidade dos provedores, ele ainda deixa espaço para abusos e restrições da liberdade de expressão. Provedores de acesso estão bem protegidos e não têm nenhum incentivo para controlar conteúdos. No entanto, provedores de aplicações, para evitar a responsabilização, têm um forte incentivo para indisponibilizar conteúdos relacionados a qualquer notificação recebida, sem analisar suas fontes. Essa atitude, que é compreensível e deve ser esperada dos provedores, age como um grande incentivo para o abuso do direito de notificar provedores. Eventualmente pessoas e instituições conseguem indisponibilizar conteúdos que contradizem suas crenças ou interesses, simplesmente por meio de uma notificação dos provedores de que o conteúdo infringe direitos autorais”.

³⁴⁸ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression – A/HRC/17/27*. New York, 2011. 22 p., p. 12-14. “*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. Furthermore, intermediaries, as private entities, are not best placed*

ção, argumentam os referidos críticos do *notice and takedown* que os casos de responsabilidade por atos de terceiro na internet convidarão, invariavelmente, ao sopesamento entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade e que, por evidente, um provedor de aplicações de internet não será o organismo mais qualificado para realizá-la, até porque não é dotado de jurisdição para tal. Sustentam assim ser inoportuna, quiçá inconstitucional, a medida³⁴⁹.

Nessa linha, intrigante é a previsão de que, se por receio de responsabilização os provedores retirarem em massa do ar os conteúdos mediante simples notificação, o resultado imediato seria a redução do número de casos em que o Poder Judiciário poderia atuar para traçar os limites legítimos da liberdade de expressão, doando aos provedores uma função primordial do Poder Público³⁵⁰.

Ademais, sustenta-se o posicionamento de que se deve realizar a diferenciação entre os provedores que de fato realizam o controle editorial dos conteúdos (como os instrumentos jornalísticos) e os que unicamente funcionariam como ‘condutores’ (*couriers*) da informação, como tais, as redes sociais. Aqueles teriam sempre responsabilidade pelo conteúdo, enquanto estes seriam livres de responsabilização até o comando de retirada de circulação das informações, a partir de quando seriam considerados conhecedores de que a atitude lesiva acontece, e com ela coadunando (se houver resistência ao pedido de retirada)³⁵¹. Segundo esse entendimento,

to make the determination of whether a particular content is illegal, which requires careful balancing of competing interests and consideration of defences”. Em tradução livre: “Usuários que são notificados pelo provedor de serviços de que seus conteúdos foram denunciados como ilícitos muitas vezes têm poucos recursos para contestar sua retirada. Ademais, os intermediários, enquanto entidades privadas, não estão na melhor posição para decidir se determinado conteúdo é ilícito, uma vez que tal decisão requer uma ponderação cuidadosa de interesses contraditórios e atenção às possíveis defesas”. O mesmo entende Coimbra (op. cit., p. 1008), dizendo que o Sistema de *notice and takedown*, “patrocina uma inegável – e ilegal, inconstitucional – delegação de atividade jurisdicional ao provedor de aplicações”.

³⁴⁹ COIMBRA, op. cit., p. 1010.

³⁵⁰ SOUZA; LEMOS, op. cit., p. 88.

³⁵¹ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Responsabilidade civil por publicações na internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 173; LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., p. 109.

a marca distintiva entre um editor e um mero *courier* estaria na escolha do próprio meio de promover ou não a fiscalização, e não necessariamente da demonstração de algum impedimento para tanto³⁵².

Este argumento pressupõe que *sites* tradicionalmente considerados meros ‘condutores’ de informação não possuem a prerrogativa nem realizam a editoração do conteúdo, o que não é verdade. Redes de relacionamento, a exemplo do conhecido *facebook*, há muito se dão o direito, em seus Termos de Uso de Serviços³⁵³, de utilizar e repassar informações dos usuários, além de proibir publicações de determinados conteúdos, movidos por interesses privados econômicos e em nome do “interesse público”. Tão usual é tal prática, que chegou a receber um nome próprio: *gatekeeping*³⁵⁴. Trata-se da prerrogativa dos provedores – nesse contexto tratados como *network gatekeepers* ou *Content Regulatory Agents*³⁵⁵ (CRAs) – de controlar discricionariamente as informações das suas plataformas, tanto para fins de governança auto instituída, quanto por interesse políticos, nem sempre transparentes³⁵⁶. Se fosse considerada censura a editoração do conteúdo, dever-se-ia responsabilizar os provedores pelo controle que fazem das postagens de seus usuários conforme seus termos de serviço, o que, claramente, não é razoável, tendo em vista que essas mesmas ações de regulamentação fazem parte da liberdade das empresas que atuam na internet, e são responsáveis por manter certa ordem no ambiente virtual³⁵⁷.

De uma forma mais ampla, a despeito da evolução da Responsabilidade Civil tratada no tópico anterior (a partir da pág. 52), a necessidade de notificação do provedor para que apenas então passe ele a ser responsabilizado pelos danos causados retira qualquer estímulo à atividade preventiva, aumentando, em tese, a possibilidade de dano aos seus usuários

³⁵² COLAÇO, op. cit., p. 10.

³⁵³ FACEBOOK. Declaração de direitos e reponsabilidades. 2015. Disponível em: <<https://www.facebook.com/legal/terms>>. Acesso em 18 fev. 2017.

³⁵⁴ WAGNER, op. cit., p. 14.

³⁵⁵ Idem, p. 18. Em tradução livre, são os provedores de aplicações tratados como ‘porteiros da rede’ ou como ‘Agentes Reguladores de Conteúdo’.

³⁵⁶ A ausência de transparência do bloqueio de conteúdos pelos provedores de aplicações, a acobertar práticas frequentemente discriminatórias ou pressões políticas, é mencionada por Coimbra (op. cit., p. 1011).

³⁵⁷ WAGNER, op. cit., p. 18-20.

e contrariando o caminho até então trilhado pela legislação e pelos tribunais nacionais³⁵⁸. A isenção de qualquer dever de vigilância prévia, do contrário, estimularia a desídia e representaria um verdadeiro “retrocesso em direção à culpa em plena era do risco”³⁵⁹.

Além disso, a experiência europeia tem demonstrado que a lógica da utilização da notificação por parte do ofendido como única forma de garantir a tomada de conhecimento do provedor acerca do ilícito é relativamente falha, tendo em vista que, a vítima poderia, com outras provas, demonstrar que o provedor tomou conhecimento da ilicitude³⁶⁰.

A despeito da importação jurisprudencial do mecanismo do *notice and takedown* ocorrida nesse período, é importante notar como havia, contudo, uma exceção à sua aplicação, como se verá no tópico seguinte.

2.3.2 O caso especial da (não) responsabilização dos provedores de pesquisa

Antes da entrada em vigor do Marco Civil da internet, que veio a impor novas formas de tratamento da responsabilidade dos provedores, aqueles responsáveis pelas ferramentas de pesquisa (aqui chamados de provedores de pesquisa) eram tratados de forma diferenciada pela jurisprudência brasileira³⁶¹.

O entendimento esposado pelo STJ, em primeiro lugar, sublinhava que estes provedores desempenham interesses de natureza coletiva, qual

³⁵⁸ Acerca da função preventiva da Responsabilidade Civil, v. VENTURI, Thaís G. *Responsabilidade civil preventiva...* cit.

³⁵⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 353.

³⁶⁰ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 191.

³⁶¹ STJ. *REsp 1.316.921/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 26 de junho de 2012. Tem-se ainda: STJ. *REsp 1.407.271/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 de novembro de 2013; STJ. *Rcl 5.072/AC*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Relatora p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 11 de dezembro de 2013. Há divergência quanto a este posicionamento, conforme julgamento de Recurso Especial de relatoria do Min. Raúl Araújo: STJ. *AgRg no AREsp 681.413/PR*. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 08 de março de 2016.

seja, o direito de acesso à informação³⁶² – o que pressupõe a possibilidade de encontrar os conteúdos procurados, se forem eles públicos³⁶³. Desse modo, explica a Ministra Nancy Andrighi em seu voto no julgamento do REsp 1316921/RJ, de sua relatoria:

Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. [...] Não se pode, sob o pretexto de di-

³⁶² Esse mesmo entendimento tem se mantido firme, mesmo após a entrada em vigor do Marco Civil da Internet, como se pode ver pelo seguinte exemplo, datado de 03/02/2015: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INTERNET. PROVEDOR DE PESQUISA. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. 1. A simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que o tema tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido, obsta o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF. 2. ‘Mesmo sendo tecnicamente possível excluir do resultado da pesquisa virtual expressões ou links específicos, a medida se mostra legalmente impossível - por ameaçar o direito constitucional à informação - e ineficaz - pois, ainda que removido o resultado da pesquisa para determinadas expressões ou links, o conteúdo poderá circular na web com outros títulos e denominações’ (REsp n. 1.407.271/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 29/11/2013). 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ. *AgRg no AREsp 577.704/SP*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 03 de fevereiro de 2015). No mesmo sentido: STJ. *AgInt no REsp 1.599.054/RJ*. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 25 de abril de 2017; STJ. *AgInt no AREsp 879.704/SP*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 22 de agosto de 2017.

³⁶³ ANDRIGHI, op. cit., p. 6.

ficultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação³⁶⁴.

Careceria a demanda, também, segundo a Ministra, de interesse de agir, tendo em vista que mesmo que o provedor de pesquisa desindexe o resultado ilícito, esse continuará a existir na rede, já que a responsabilização do gerenciador do mecanismo de busca não reflete na obrigação do *site* cujo conteúdo é lesivo de cessar a violação dos direitos atingidos³⁶⁵. Mais grave ainda, mesmo que se promovesse a retirada dos *links* lesivos de um dos provedores de pesquisa, este continuaria a existir nos demais, tornando de fato impossível a realização da medida desejada pela vítima, já que é incontável o número de tais provedores, e que caberia ao lesado mover as ações correspondentes contra cada um deles³⁶⁶. Por outro lado, se o ofendido tomar medidas contra a página que disponibilizou o conteúdo lesivo e conseguir a sua supressão, estes serão automaticamente excluídos dos resultados do provedor de pesquisa³⁶⁷ – do contrário, o provedor poderá ser responsabilizado por ato próprio, já que estará, neste caso, divulgando erroneamente conteúdo que não mais se encontra na rede.

Acrescenta-se ainda a inesperada preocupação de que a remoção do *link* dos *sites* de busca sem a exclusão do conteúdo originário poderia servir de incentivo a *hackers* no sentido de disseminar informações cuja divulgação se pretendia restringir³⁶⁸. Por fim, afasta o tribunal superior a ideia de que exista um “direito ao esquecimento” imputável aos provedores de pesquisa na internet, tendo em vista que inexistente fundamento normativo que obrigue tais provedores a ocultar resultados existentes e lícitos; do contrário respaldando-se a censura³⁶⁹.

³⁶⁴ STJ. REsp 1.316.921/RJ... cit.

³⁶⁵ Ibidem.

³⁶⁶ STJ. REsp 1.407.271/SP... cit.

³⁶⁷ BARBOSA, Fernanda Nunes. *Internet e consumo: o paradigma da solidariedade e seus reflexos na responsabilidade civil do provedor de pesquisa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 7.

³⁶⁸ ANDRIGHI, op. cit., p. 8.

³⁶⁹ “PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECI-

Não só no Brasil, mas internacionalmente tem-se rechaçado a ideia de responsabilização dos provedores de pesquisa pelos resultados das buscas realizadas, havendo nesse sentido manifestação expressa de diversos autores e entidades, incluindo organizações não governamentais que militam pela liberdade de expressão e organizações como a ONU e a OEA, esta última por meio de texto expresso da Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet³⁷⁰.

Daí traçou-se, no Brasil, relevante diferenciação que, mesmo com a importação do *notice and takedown* como ferramenta para a cientificação dos provedores acerca de conteúdos ilícitos, isentava os provedores de pesquisa de qualquer responsabilidade sobre os resultados obtidos a partir de buscas realizadas com as palavras-chave selecionadas pelos usuários.

Apesar do embate que se verificou, o legislador brasileiro, ao retomar a dianteira na regulamentação da internet, decidiu, novamente em nome da liberdade, golpear de morte a inspiração do *notice and takedown*³⁷¹, e dificultar ainda mais a responsabilização dos provedores, na prática, isentando-os de qualquer obrigação de cuidado ou prévio monitoramento das informações disponibilizadas em suas plataformas. Ficou instituído, a partir da promulgação do Marco Civil da Internet, que os

MENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE. - Direito ao esquecimento como ‘o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado’. Precedentes. - Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde estiver inserido. - Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital. - Recurso especial provido” (STJ. *AgInt no REsp 1.593.873/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 10 de novembro de 2016).

³⁷⁰ BENTO, op. cit., p. 280-281.

³⁷¹ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 290. O “golpe de morte” se refere à adoção da responsabilização condicionada à desobediência da notificação judicial, descartando, em grande parte, a eficácia da notificação extrajudicial como condição suficiente à responsabilidade.

provedores só responderão pelos danos causados *online* se, notificados judicialmente para tanto, não tomarem as medidas necessárias para a remoção do conteúdo lesivo de seus *sites*. É acerca disso que se trata no tópico 2.4.

2.4 Responsabilização conforme o Marco Civil da Internet e Notificação Judicial

O Marco Civil da Internet cuida da responsabilidade dos provedores de serviços na internet pelos conteúdos gerados por terceiros dividindo-os conforme a sua atividade (e conforme a suposta ingerência que possuem sobre o conteúdo)³⁷², na restrita classificação por si adotada, ou seja, entre provedores de conexão e provedores de aplicações.

Aos provedores de conexão, que têm a sua atuação anterior à entrada no mundo virtual, foi conferida total isenção de reponsabilidade pelos danos causados por terceiros, não havendo na redação da lei qualquer abertura que permita interpretação contrária: “Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

Os provedores de aplicações, da mesma maneira, não serão de início responsabilizados pelos atos de terceiros, respondendo, apenas, devido a sua omissão diante de comando judicial de retirada do conteúdo de circulação (na medida de sua capacidade técnica e da identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente); ou, de forma subsidiária ao causador direto do dano, em razão de conteúdo considerado mais sensível – ou mais danoso – por conter cenas de nudez ou atos sexuais privados, quando for notificado extrajudicialmente pelo lesado e não indisponibilizar o conteúdo (o qual deverá ser apontado de forma específica pelo lesado). Pertinente que se leia a literalidade do texto legal, no que diz respeito a essa questão:

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

³⁷² GODOY, op. cit., p. 131.

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.

§ 1o A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 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.

[...]

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.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Ou seja, a legislação ora em vigor, antes de mais nada, adicionou novo critério para que se alcance o provedor de aplicações em ações que visem a indenização de danos, qual seja, a ordem judicial determinando a sua retirada, somente em casos específicos mantendo o padrão de *notice and takedown*.

A preocupação à época da aprovação da Lei era, em suma, de que a prerrogativa do lesado de notificar extrajudicialmente os provedores de conteúdo – como vinha sendo aceito até então pelo Superior Tribunal de Justiça³⁷³ –, fosse utilizada de forma abusiva e que, na prática, ocorresse a censura privada das informações, já que seria transferido o poder de decisão acerca da ilicitude do conteúdo, que cabe ao judiciário, para os órgãos de administração dos *websites*³⁷⁴. Temia-se também que, diante de tão grande responsabilidade, os administradores das páginas e portais da *web* simplesmente decidissem retirar todos os conteúdos contestados, para não correrem o risco de terem atribuída a si a responsabilidade pelos conteúdos. Seria essa uma “porta de entrada para a censura” na perspectiva de alguns juristas³⁷⁵. Assim, o Marco Civil viria para neutralizar o temor dos provedores quanto a serem responsabilizados pela não remoção imediata do conteúdo³⁷⁶.

Reconhecendo a mutabilidade da rede e as vantagens do compartilhamento imediato da informação, buscou-se privilegiar o desenvolvimento de um ambiente aberto e com pouca ingerência Estatal – e pouco alcance da legislação civil tradicional e específica. O grande mérito que a doutrina brasileira dota à aprovação do Marco Civil da Internet foi, justamente, a proteção à liberdade de expressão, nele consubstanciada pela necessidade de passagem pelo crivo judicial do pedido de remoção do conteúdo³⁷⁷, para apenas então, em caso de descumprimento da ordem por parte do provedor, responsabilizá-lo por eventuais danos causados. A rigor, assim, criou-se um sistema de “inérita e singular proteção das empresas provedoras”³⁷⁸.

Após a inserção da norma no ordenamento brasileiro, outras jurisdições também passaram a adotar a medida de notificação judicial para a responsabilização (até mesmo com menção expressa à lei brasileira), a

³⁷³ COIMBRA, op. cit., p. 1007.

³⁷⁴ BENTO, op. cit., p. 282.

³⁷⁵ BRANCO, Sérgio. O marco civil e a responsabilidade por conteúdos gerados por terceiros. *ComCiência* [versão online], Campinas, n. 158, mai. 2014, p. 2.

³⁷⁶ SOUZA; LEMOS, op. cit., p. 104.

³⁷⁷ *Ibidem*. Segundo os autores: “O Poder Judiciário foi considerado a instância legítima para definir a eventual ilicitude do conteúdo questionado e para construir limites mais legítimos para a expressão na rede, o que, por consequência, também promove uma maior segurança para os negócios desenvolvidos na internet”.

³⁷⁸ GODOY, op. cit. p. 312.

exemplo da Argentina, que em outubro de 2014 reconheceu a responsabilidade de um provedor de pesquisa por dano advindo de conteúdo considerado ilícito nos resultados de busca, desde que não atendesse ordem da corte para fazer a desindexação do conteúdo³⁷⁹. Difere, contudo, a solução daquele país para a adotada no ordenamento pátrio, pois lá basta a notificação extrajudicial nos casos em que a ilicitude for considerada manifesta, como a divulgação de pornografia infantil, ameaças de morte, genocídio e lesões deliberadas à honra de terceiro – o que representa uma gama bastante ampla de atos lesivos³⁸⁰. Decidiu também a corte argentina que, apenas em raríssimos casos excepcionais, poderá ser o provedor obrigado a implementar filtros que impeçam a nova disseminação de conteúdos já tidos como ilícitos³⁸¹.

Tal medida – a notificação judicial requisitada pelo Marco Civil da internet – se toma em detrimento da celeridade da retirada do conteúdo lesivo dos *sites*, porque não se abraça mais a notificação extrajudicial como uma forma de assegurar o *actual notice* (conhecimento real ou conhecimento de fato) do conteúdo potencialmente lesivo³⁸², portanto, tê-la como marco inicial do dever de retirada de tal conteúdo de circulação; exceto, como visto, na restrita hipótese dos casos de exposição de conteúdo sexual ou de nudez. A intenção do legislador, no entanto, é deliberada, eis que enuncia no próprio texto da norma que a não responsabilização privilegiará a liberdade de expressão.

Além da necessidade de judicialização da matéria, garantiu-se, ainda, que o provedor, mesmo que confrontado com ordem judicial (ou com a notificação do ofendido nos casos em que ela baste), só seja obrigado a indisponibilizar o conteúdo se a medida estiver dentro de seus limites técnicos – os quais, estima-se, só serão conhecidos mediante a declaração do próprio provedor³⁸³. Logo, caberá ao próprio provedor a determinação de em quais situações, e quando, a informação lesiva poderá ser retirada de circulação o que, em termos de velocidade de divulgação

³⁷⁹ SOUZA; LEMOS, op. cit., p. 95-96.

³⁸⁰ Idem, p. 96.

³⁸¹ Idem, p. 97.

³⁸² RUSTAD; KOENIG, op. cit., p. 408.

³⁸³ Nessa espécie, os próprios réus da ação judicial possuem maior conhecimento acerca das limitações técnicas de sua atividade do que os membros do Judiciário, por dizerem respeito aos meandros da própria atividade por si desenvolvida (SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 291).

na internet, pode por fim impossibilitar, de fato, que o conteúdo possa ser apagado de forma efetiva.

Para mitigar tais efeitos, o Marco Civil faz referência à possibilidade de a ordem de retirada das informações ser realizada de forma antecipada, liminarmente – desde que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Nessas hipóteses, todavia, em prol da liberdade, deu ao provedor da informação potencialmente danosa a prerrogativa de requerer do provedor de conteúdo que, ao invés de simplesmente apagá-lo, substitua o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à retirada.

No mais, para que surta efeito a ordem judicial ou extrajudicial de retirada do conteúdo, deverá ela conter especificamente a sua identificação, permitindo a sua localização inequívoca (exigência essa que não era feita pelos tribunais antes da entrada e vigor da lei³⁸⁴), sob pena de nulidade da ordem³⁸⁵. Assim, não basta que se mencione e descreva o conte-

³⁸⁴ Assim tinha-se fixado o entendimento: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MENSAGENS OFENSIVAS À HONRA DO AUTOR VEICULADAS EM REDE SOCIAL NA INTERNET (ORKUT). MEDIDA LIMINAR QUE DETERMINA AO ADMINISTRADOR DA REDE SOCIAL (GOOGLE) A RETIRADA DAS MENSAGENS OFENSIVAS. FORNECIMENTO POR PARTE DO OFENDIDO DAS URLS DAS PÁGINAS NAS QUAIS FORAM VEICULADAS AS OFENSAS. DESNECESSIDADE. RESPONSABILIDADE TÉCNICA EXCLUSIVA DE QUEM SE BENEFICIA DA AMPLA LIBERDADE DE ACESSO DE SEUS USUÁRIOS. 1. O provedor de internet - administrador de redes sociais -, ainda em sede de liminar, deve retirar informações difamantes a terceiros manifestadas por seus usuários, independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas que foram veiculadas as ofensas (URL's). 2. Recurso especial não provido” (STJ. *REsp* 1.175.675/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 09 de agosto de 2011). Na mesma linha: STJ. *AgRg no AREsp* 230.095/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 06 de agosto de 2013.

³⁸⁵ O STJ, diante disso, tem exigido dos ofendidos que façam referência nos processos judiciais às páginas (URLs) específicas em que se encontra o conteúdo: STJ. *REsp* 1.274.971/RS. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 19 de março de 2015; STJ. *REsp* 1.629.255/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 22 de agosto de 2017; STJ. *REsp* 1.642.560/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Relatora p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 de setembro de 2017.

údo lesivo, devendo a vítima, na prática, oferecer ao fornecedor a sua localização no *website* – o que, por certo, não será tarefa fácil ao usuário da rede a partir do momento em que a informação se espalhe para outras páginas, mesmo que pertencentes ao mesmo provedor de conteúdo, que, por óbvio, teria melhores condições para identificá-la e impedir a sua difusão. Ademais, a ordem judicial, por conter informações específicas para localização do conteúdo, não necessariamente impedirá a sua republicação, tendo em vista que, também quando a esta, o provedor somente será responsabilizado se for novamente notificado judicialmente da ilicitude³⁸⁶.

2.4.1 Principais críticas à solução adotada pelo Marco Civil da Internet

A principal crítica à solução adotada pelo Marco Civil da Internet, de notificação judicial dos provedores, é, cabível também à necessidade de notificação extrajudicial que a precedeu, de não ter sido ela suficientemente confrontada com os mecanismos tradicionais da responsabilidade civil, quanto menos de sistemas como aquele previsto no Código de Defesa do Consumidor. Além disso, até aos eventuais defensores da sistemática do *notice and takedown*, a necessidade de judicialização das demandas retiraria a maior virtude do mecanismo importado, qual seja, de agilizar a retirada do conteúdo ilícito. Com efeito, aponta-se que o Marco Civil, em plena era dos meios alternativos de soluções de conflito, leva ao Judiciário questões que já se encontravam respaldadas por mecanismos mais céleres e menos custosos³⁸⁷.

A internet, apesar de permitir uma grande liberdade e, como já se tratou, ser uma ferramenta de compartilhamento de informações sem precedentes, argumentam os autores, não pode também ser palco do desrespeito dos direitos alheios, até porque o caráter transfronteiriço e amplamente acessível da rede não nega a proteção dos diversos ordenamentos

³⁸⁶ De pronto, porém não isenta de críticas. A Lei passou a ser aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça: STJ. *REsp 1.568.935/RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 05 de abril de 2016; STJ. *REsp 1.642.997/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 de setembro de 2017; STJ. *AgInt no AgInt no AREsp 956.396/MG*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 17 de outubro de 2017.

³⁸⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 359.

à efetiva reparação dos danos causados às pessoas, conforme declara a linha condutora do Direito Digital. É dizer, a internet permite um enorme alcance de todas as declarações postadas nos canais dos provedores de aplicações, portanto não se pode prestar a afastar a sua responsabilidade quando essas mesmas declarações vierem a causar danos a alguém.

Se o crescimento da criação de novas tecnologias se dá de forma exponencial³⁸⁸, é de se esperar que cresça a vontade de regulamentá-las – e ao mesmo tempo a dificuldade em fazê-lo –, ou de reconhecer os limites e o papel da tecnologia dentro do nosso sistema jurídico. Entretanto, ignorar a legislação já existente, que encampa largamente a matéria de responsabilização e, diga-se, é mais protetiva ao usuário, que é vulnerável frente às grandes empresas que atuam na internet, não seria desejável³⁸⁹.

Com essa premissa, partindo-se à análise mais detida do Marco Civil da Internet, particularmente da não responsabilização dos atores da internet e da inserção de notificação judicial para a retirada do conteúdo ilícito no ordenamento nacional, não resistiriam as justificativas da lei, argumenta-se, quando em confronto com o Código de Defesa do Consumidor e mesmo com o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil – que dirá da jurisprudência até então consolidada sobre responsabilização de intermediários de conteúdo.

Justificativas para essa conclusão são variadas. Inicia-se pela constatação, por Godoy, de que em verdade a nova lei tutela a atuação dos provedores de forma que lhes é extremamente benéfica, contrariando um de seus próprios fundamentos, enunciados na abertura da Lei: a tutela do consumidor³⁹⁰. Na prática, o Marco Civil carrearía ao consumidor um ônus excessivo para a tutela do seu direito, tendo potencializado ainda o dano por si sofrido, devido ao retardamento da retirada do conteúdo ilícito³⁹¹ e a ausência de tutela quanto ao período anterior à notificação, no caso de dificuldade de identificação do provedor direto da informação lesiva. Leva-se ao tortuoso caminho da judicialização de questões que já estavam anteriormente resolvidas com por outros instrumentos mais

³⁸⁸ LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2001, p. 21.

³⁸⁹ BARBOSA, Marco A. Marco civil da internet: mercado e estado de vigilância... cit., p. 244.

³⁹⁰ GODOY, op. cit., p. 312.

³⁹¹ Idem, p. 315.

ágeis, consagrando, aqui na visão de Martins, a inversão do ônus da prova em relação ao usuário, que contraria a proteção constitucional ao consumidor³⁹².

Em seguida, conforme destaca Peteffi da Silva³⁹³, argumenta-se que se cobra dos órgãos da imprensa que tenham controle editorial sobre tudo o que disponibilizam, mesmo que o conteúdo seja gerado por terceiros e que, em tese, não haja nem sequer tempo hábil para tomada de decisão a seu respeito, como é o exemplo do REsp 331.182³⁹⁴, em que foi condenada emissora de televisão por afirmações feitas em entrevista ao vivo, pelo entrevistado, como anotado em entrevista.

³⁹² MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 366.

³⁹³ RODAS, Sergio. Rede social deve responder objetivamente por conteúdo ofensivo diz professor. *Consultor Jurídico*. 12 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-12/redes-sociais-responder-objetivamente-teor-ofensivo-professor>> Acesso em: 18 mar. 2017.

³⁹⁴ “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ENTREVISTA OFENSIVA DIVULGADA EM PROGRAMA RADIOFÔNICO ‘AO VIVO’. DEMANDA MOVIDA CONTRA O ENTREVISTADO E EMISSORA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DE AMBOS. LEI DE IMPRENSA, ART. 49, § 20. RESPONSABILIDADE INERENTE A TAL PROPOSTA DE PROGRAMA. I. Se a ofensa à moral decorreu de entrevista dada ‘ao vivo’ em programa radiofônico da modalidade ‘canal aberto’, tem-se configurada a responsabilidade da emissora prevista no art. 49, parágrafo 2o, da Lei n. 5.250/67, ainda que o apresentador não tivesse conhecimento do teor das alegações, porquanto essa modalidade de ‘canal aberto’ constitui risco inerente à atividade a que se propõe a empresa de comunicação, da qual obtém audiência e, evidentemente, receita econômica. II. Co-responsabilidade da entrevistada, que, inclusive, reconhecidamente assacou inverdades, por ela própria desmentidas em programa subsequente, da mesma emissora. III. Recurso especial conhecido e provido, com fixação do quantum indenizatório a título de dano moral, a ser suportado por ambas as rés” (STJ. *REsp 331.182/SE*. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 03 de setembro de 2002, p. 234). Ainda em acórdão recente, o Superior Tribunal de Justiça, apesar de não ter analisado a fundo a questão material, por considerar que assim se revolveria o acervo fático-probatório da lide, que não é sua atribuição, permitiu a condenação de emissora de televisão em razão de ofensas proferidas por terceiros em programa ‘ao vivo’ (STJ. *AgRg no REsp 627.397/SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 19 de setembro de 2017).

Por esses trilhos, da mesma forma ter-se-ia que concluir quando em análise os provedores da internet, que nada mais são do que disponibilizadores de informação na internet. Ademais, decidir de outra maneira representaria verdadeira afronta ao princípio da igualdade, insculpido na Constituição Federal, por prever tratamento diferenciado a dois agentes da imprensa, como fator diferenciador somente o meio em que disponibilizam o conteúdo. Se cabe a responsabilização da mídia impressa por determinada conduta, não há justificativa para se imunizar pela disponibilização do mesmo conteúdo, porém em meio digital – aí incluídas também as redes sociais e *sites* de relacionamento em geral, e não apenas jornais *online*.

Aos adeptos da solução adotada pelo Marco Civil, tal decisão, em si, poderia representar um equívoco dos julgadores, não devendo a nova Lei a ela se adaptar, senão a jurisprudência reconhecer o erro e impedir a responsabilização em tais casos, com base no argumento já mencionado (às págs. 115-116) de que deveria haver a diferenciação entre provedores com poder de editoração de conteúdos e aqueles considerados meros ‘*couriers*’ das informações (aqui incluídos não só as redes sociais, como também, no caso em tela, os tradicionais programas de entrevistas ao vivo, uma vez que careceriam as emissoras de qualquer capacidade de editoração). No que diz respeito às redes sociais, no entanto, retoma-se a também já mencionada crítica de que dificilmente seriam identificadas apenas como ‘*couriers*’, uma vez que operam, na prática, editoração de variados conteúdos com base em seus Termos de Uso de Serviços.

É curioso perceber a existência de crítica ao Marco Civil também no sentido de acusá-lo de por um lado limitar a possibilidade de responsabilização, mas por outro não prever a limitação dos direitos dos provedores de editar conteúdo³⁹⁵. Para estes, a não responsabilização seria insuficiente para garantir a liberdade de expressão na internet, sendo necessário também impedir todo o tipo de interferência privada dos provedores de aplicações nos conteúdos criados pelos usuários. De forma ou de outra, mostra-se o Marco Civil demasiadamente leniente com as atividades dos

³⁹⁵ Crítica tal se mostra relevante na medida em que boa parte dos defensores do Marco Civil considera “temerária” a delegação aos provedores do juízo de valor acerca da licitude dos conteúdos contestados via notificação extrajudicial (ANDRIGHI, op. cit., p. 4).

provedores, permitindo-lhes direitos sem impor-lhe os correspondentes deveres³⁹⁶.

Em resposta, os defensores do Marco Civil afirmam que seria contrário às leis do mercado censurar desnecessariamente conteúdos – assim que os usuários percebessem a censura em um provedor, buscariam o serviço de outro³⁹⁷. Além disso, dizem eles que o Brasil possui garantias específicas que combateriam o abuso no direito de mediar o conteúdo pelos provedores, tais quais as ações coletivas. No mais, qualquer ação estatal para impedir a liberdade dos provedores seria inconstitucional³⁹⁸.

Com efeito, como reconhece Barbosa³⁹⁹, boa parte dos aplicativos na rede

[...] são grandes empresas multinacionais que nem são públicas e tampouco constituem meras “estradas”, neutras, por onde circulam conteúdos e informações. São elas que determinam as regras de utilização dos serviços, por meio dos “termos de uso” que na grande maioria das vezes automaticamente o usuário aceita ao acessar determinado aplicativo. O mesmo ocorre com as sempre dúbias interpretações dos mesmos termos de uso. Portanto, nada impede que essas empresas continuem impondo censura de forma arbitrária a qualquer tipo de conteúdo, sobretudo de caráter político.

O que deve se tornar mais e mais claro é que diminuir o poder coercitivo estatal não leva, necessariamente (nem provavelmente) à liberdade sem restrições. Novas estruturas de poder surgem para substituir

³⁹⁶ RIBEIRO, op. cit., p. 170.

³⁹⁷ Veja-se que esse mesmo argumento pode ser usado para justificar a responsabilização objetiva dos provedores, sem o receio de que ocorra a censura de conteúdo: não seria benéfico ao desenvolvimento do negócio que houvesse a indisponibilização massiva de conteúdo, o que faria, em tese, que os provedores buscassem métodos cada vez mais seguros e precisos para identificar ilícitos, ou que providenciassem outras formas de garantir a indenização dos usuários lesados, como a contratação de seguros para tanto.

³⁹⁸ RIBEIRO, op. cit., p. 170.

³⁹⁹ BARBOSA, Marco A. Marco civil da internet: mercado e estado de vigilância... cit., p. 244.

aquelas que são afastadas e qualquer expectativa de neutralidade ou semblante de ausência de limitações é inatingível⁴⁰⁰.

No entanto, retomando a consequência do argumento dos opositores da responsabilização dos *couriers*, pune-se quem se propõe a editar o conteúdo, mas não quem não o faz, por escolha própria⁴⁰¹, o que pode ter um efeito nefasto, de afastar a intenção de revisão do conteúdo até mesmo para os meios que tradicionalmente a realizavam⁴⁰². Incentivar-se-ia, assim, o jornalismo descuidado e sem editoração.

Cria-se, injustificadamente, uma bolha de irresponsabilidade dos provedores, limitando a pretensão reparatória aos terceiros causadores diretos do dano, que por sua vez são quase sempre anônimos e cuja identidade só poderia ser conhecida, em geral, por aquelas mesmas sociedades empresárias que estão isentas de responsabilidade⁴⁰³.

A ausência de responsabilidade dos provedores – que se encontram, justamente, em posição singular em relação aos seus usuários, por disporem dos recursos técnicos para identificar e localizar os causadores dos atos ilícitos –, possibilitaria que eles ignorassem, com respaldo legal, os deveres intrínsecos às suas atividades e, como tal, não registrassem os dados (ou se recusassem a disponibilizar, ainda que alegando impossibilidade técnica) dos seus usuários, haja vista que lhes seria benéfico manter como usuário o lesante⁴⁰⁴.

Outro alerta que se faz é que o Marco Civil da Internet nem ao menos faz a diferenciação entre *couriers* (provedores que não têm dever de edição das informações) e editores, já diminuindo a necessidade de

⁴⁰⁰ WAGNER, op. cit., p. 8.

⁴⁰¹ RUSTAD; KOENING, op. cit., 366.

⁴⁰² Hirata pondera a possibilidade de ocorrência de tais efeitos no direito alemão ao se exigir a comprovação de dolo do provedor de hospedagem para a sua responsabilização. Segundo ele, devido à previsão legal “o legislador frustrou seus próprios esforços para exigir que o provedor promova um autoconrole ou autorregulação. Afinal, se o mero conhecimento do conteúdo deve ser suficiente como um elemento subjetivo, nenhum provedor será estimulado a contratar pessoal para controlar as ofertas *online*. Ou seja, é melhor para o provedor nenhum tipo de controle próprio, pois não quer ‘ter conhecimento’ de nenhuma ilegalidade” (HIRATA, op. cit., p. 615).

⁴⁰³ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 304.

⁴⁰⁴ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., p. 49.

cuidado destes e respaldando até mesmo a sua atuação maliciosa⁴⁰⁵, o que por fim pode trazer prejuízos à democracia, visto que a imprensa é um dos órgãos essenciais de sua manutenção.

Tais levantamentos levam ao seguinte questionamento: mesmo que se ignore a constatação de que as redes sociais de fato realizam controle editorial sobre os conteúdos quando é de seu interesse fazê-lo, não seria salutar à sociedade imputar-lhes a responsabilidade pelo risco do negócio? Se o escopo da atividade é expor a uma enorme quantidade de pessoas quantidade incalculável de informação com velocidade impressionante, e se com isso as grandes empresas que dividem a atenção do usuário no ambiente virtual se beneficiam (financeiramente, ainda que indiretamente, e também por meio de utilização das informações pessoais dos usuários para os mais diversos fins), cristalino que se exacerba o risco de perpetração de ilícitos para muito além da normalidade. Presente, portanto, o requisito para aplicação do artigo 927, parágrafo único do Código Civil⁴⁰⁶ – ao contrário do que, pela lei, atualmente se deve fazer.

Frota chega ao extremo de alegar que a decisão tomada pelo legislador privilegiaria a *ética da liberdade*, característica de uma concepção utilitarista da responsabilidade civil, que viabiliza a opção pela eficiência econômica em detrimento de outros valores existenciais, o que vem a causar efeitos sociais perniciosos e que seria contraposta à responsabilidade por danos⁴⁰⁷. Independentemente desse discurso, mais importante seria perceber que, atualmente, já não se pode falar em plena liberdade para a escolha de participar, ou não de determinada rede social ou *site* de relacionamentos, já que são eles, em muitas situações, pré-requisitos para uma ativa participação e engajamento na sociedade atual – fictícia, assim, bem como nos contratos de adesão, é a escolha de aceitação, ou não, dos termos e condições de muitas das páginas da *web*⁴⁰⁸.

No mais, tratando do sentido prático da responsabilização adequada dos agentes que difundem informação na rede: é de se perceber que reside com eles – sejam redes sociais, portais de informação, portais de varejo, ou quaisquer outros provedores de aplicações – a melhor possibilidade de evitar danos aos usuários⁴⁰⁹ e, se entendem demasiado custoso

⁴⁰⁵ GODOY, op. cit., p. 314.

⁴⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 284.

⁴⁰⁷ FROTA, op. cit., p. 215-2018.

⁴⁰⁸ LUCCHI, op. cit., p. 32.

⁴⁰⁹ RUSTAD; KOENING, op. cit., 382-838.

editar de fato os conteúdos (o que já fazem quando é de seu interesse), que pelo menos respondam quando estes porventura se mostrarem lesivos a outros usuários.

Responsabilização dessa natureza, especula-se, teria como efeito desejável também a criação de novos filtros para conteúdos danosos, ademais da aplicação de sanções por parte dos próprios provedores aos responsáveis pela geração dos conteúdos indesejáveis, além do maior zelo na conferência dos dados dos ‘contratantes’ dos serviços *online*, o que, finalmente, culminaria em um ambiente virtual mais seguro – e com mais possibilidades reais de reparação do dano sofrido pelas vítimas.

O efeito censor (“*chilling effect*”) da incidência da responsabilidade civil, que tanto se teme, a ponto de instituir a notificação judicial para retirada do conteúdo como marco da responsabilização, nada mais seria do que o devido controle editorial que se deve realizar sobre os textos disponibilizados nas plataformas dos intermediários⁴¹⁰. Não constitui censura privada a diligência na disponibilização de conteúdo; pelo contrário, é o correto e natural dimensionamento da liberdade de expressão⁴¹¹, na medida em que não são por ela protegidos atos atentatórios à honra, à imagem e à privacidade alheias. Noutras palavras, como anteriormente já se afirmou, manifestações ilícitas não são abarcadas pela liberdade de expressão. Justamente, retira-se da obra de Schreiber⁴¹²:

Em cenários desiguais, a ausência de normas não costuma resultar em maior liberdade, mas, ao contrário, em *mera aparência de liberdade*, na medida em que a omissão normativa beneficia tão somente aqueles que, detendo maior poderio econômico e técnico, se vêem, finalmente, livres para perseguir seus interesses sem precisar respeitar regras instituídas no interesse da sociedade como um todo. [...] Enxergar o Direito como inimigo da liberdade é um equívoco metodológico profundo, na medida em que só em um ambiente normatizado o exercício da liberdade pode ocorrer sem o receio dos abusos, que representam a sua própria negação.

⁴¹⁰ RODAS, op. cit.

⁴¹¹ WAGNER, op. cit., p. 12.

⁴¹² SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., 282-283.

Postergar à apreciação judicial a análise da legalidade do conteúdo, por outro lado, faz com que se perpetre a situação danosa, porque nesses casos seria mais fácil e menos custoso ao *site* notificado do conteúdo pelo ofendido simplesmente ignorar o pedido de retirada até receber notificação judicial para tanto. Trata-se de incentivar que os provedores ‘lavem as mãos’ de tomar providências para impedir qualquer forma de dano causado a seus usuários, até que estes se valham de meios judiciais para sanar o problema.

Outro efeito danoso também daí advém: se os provedores de conteúdo de internet se recusarem a atender qualquer demanda dos usuários que não seja judicial (e com direito, conforme o texto da Lei) – o que não é consequência necessária da Lei, mas que é medida possível por parte dos provedores⁴¹³ –, ter-se-á o aumento do número de demandas judiciais a respeito do assunto, atribulando ainda mais o trabalho do Judiciário brasileiro⁴¹⁴ e atrasando a resposta os novos pedidos de retirada, que certamente surgirão, por não haver incentivo aos *websites* para aplicar sanções (como bloquear o uso de suas plataformas) aos perpetradores dos danos.

Mesmo os ‘condutores de informações’ (*couriers*), que não se propõem a editar informações, não são *dumb pipes* (ou transmissores passivos) de informação, quer se observe ou não, eles têm ingerência sobre os conteúdos disponibilizados por terceiros em suas páginas, e delas se beneficiam, seja direta ou indiretamente⁴¹⁵ – até porque hoje há um sobrepujante conhecimento de que há conteúdo nítida e intrinsecamente econômico nas formas de organização em rede⁴¹⁶, especialmente quanto aos provedores de conteúdo. No mais, não se retira a possibilidade de ação de regresso do provedor eventualmente responsabilizado contra os terceiros criadores da informação⁴¹⁷, ou de mover ação judicial contra pessoas que indevidamente noticiarem os *sites* sobre a ocorrência de situações danosas, extrajudicialmente, de má-fé.

⁴¹³ GODOY, op. cit., p. 319; SOUZA; LEMOS, op. cit., p. 105.

⁴¹⁴ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 291.

⁴¹⁵ RUSTAD; KOENING, op. cit., p. 373.

⁴¹⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 349.

⁴¹⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 399.

Finalmente, questionável também a utilização do *notice and take-down* por notificação extrajudicial apenas em casos de disponibilização de cenas de caráter sexual ou de nudez, porque, como bem destaca Peteffi da Silva em entrevista acerca do assunto, representa injustificada distinção moral do legislador sobre os atos que causam maior lesão à intimidade, sem relação com a verificação das situações que podem causar igual ou maior dano no caso concreto⁴¹⁸. Evidentemente, há conteúdos não pornográficos ou de desautorizada nudez que são objetiva e evidentemente ofensivos (tais quais ofensas discriminatórias ou racistas) e que, logo, merecem igual proteção⁴¹⁹ – como concluem os tribunais argentinos, por exemplo⁴²⁰.

Alerta Pinheiro que a ausência de responsabilização imediata seria o ponto com maior potencial de causar danos aos afetados. Segundo ela, isso representa a flexibilização da própria honra, imagem e reputação do indivíduo dado que, à exceção das situações de nudez, conteúdo sexual, infração de direito autoral ou exposição de menor, não há qualquer garantia de retirada do conteúdo, tendo em vista que esta depende não só da ordem judicial, mas também das limitações técnicas do serviço e do labor do próprio lesado interessado, que deverá fornecer o endereço exato do conteúdo visado, com clareza e objetividade suficientes não só ao intermediário, mas também ao juiz⁴²¹.

Não há, tampouco, obrigação dos provedores no sentido de identificarem a autoria de conteúdos ilícitos, tendo em vista que o Marco Civil se refere apenas à identificação e guarda de *logs* de registro de conexão e de acesso à aplicação, o que pode em muitos casos impedir a investigação eficaz de quem seja o causador direto do dano⁴²².

Ao entender da autora, contribui o Marco Civil da Internet à difusão de um manto de impunidade (tanto dos provedores quanto dos usuá-

⁴¹⁸ RODAS, op. cit.

⁴¹⁹ GODOY, op. cit., p. 315.

⁴²⁰ SOUZA; LEMOS, op. cit.

⁴²¹ PINHEIRO, op. cit., p. 92-93.

⁴²² Idem, p. 99; 108-109. Chega a sugerir, a autora, a criação de uma “Identidade Digital” obrigatória, vinculada a um registro único de identidade civil, para que seja facilitada a identificação dos autores de ilícitos, sob pena de se ratificar a ineficácia das leis de conteúdo material.

rios), o que pode vir a contribuir para o crescimento do número e intensidade de atividades danosas afetando pessoas e até empresas; ou seja, danos não só sociais, mas também econômicos⁴²³.

Com efeito, à mesma conclusão chegaram os doutrinadores franceses quando, a fim de proteger o “desenvolvimento econômico da internet” e de, ao mesmo tempo, intentar garantir a liberdade de expressão na rede, aprovaram legislação bastante similar ao Marco Civil, para pouco tempo depois revogá-la por ser demasiado leniente com os ilícitos virtuais. Com efeito, movido pelo mesmo receio enunciado pelo brasileiro, o legislador francês, a despeito da jurisprudência daquele país no sentido de impor a responsabilização subjetiva dos provedores de aplicações, aprovou, no ano 2000, a Lei n. 2000-719, a qual estabelecia que as pessoas físicas ou morais que realizassem, a título gratuito ou oneroso, a estocagem direta e permanente de conteúdo de terceiros, possibilitando a divulgação na rede de sinais, escritos, imagens, sons e mensagens de qualquer natureza, não seriam penal ou civilmente responsabilizadas pela lesão causada a usuários, desde que atendessem à ordem judicial de indisponibilização da comunicação lesiva⁴²⁴.

Concluiu a doutrina daquele país que a lei em comento, em primeiro lugar, se mostrava absolutamente sem propósito, tendo em vista que as disposições tradicionais da responsabilidade civil já asseguram a responsabilização daqueles que deixam de atender a ordens judiciais – ou seja, não haveria propósito em aprovar a referida lei –, e, em segundo lugar, ela não chegava a resolver a questão do regime de responsabilidade imposto aos diferentes provedores, já que, pela variedade das suas atividades, dever-se-ia esperar que cada um viesse a responder de forma diversa aos outros⁴²⁵.

Essa constatação foi também atingida pela doutrina brasileira, em especial quanto à desnecessidade de inserção no Marco Civil do mecanismo de notificação judicial, tendo em vista que, enunciando a não responsabilização dos provedores de aplicações de internet, restaria apenas se socorrer a vítima ao judiciário para a retirada do conteúdo ilícito e, ademais, o descumprimento de eventual ordem judicial (que configura

⁴²³ *Idem*, p. 93; 515-523.

⁴²⁴ RICBOURG-ATTAL, *op. cit.*, p. 20-21.

⁴²⁵ *Idem*, p. 21.

crime de desobediência) seria a única forma de configurar a responsabilidade do provedor⁴²⁶.

Mais grave, a propositura da ação judicial deixaria de ser mero instrumento de proteção dos direitos do ofendido, passando a se tornar *conditio sine qua non* da responsabilidade civil⁴²⁷, na contramão não só dos rumos da matéria (que, como já se tratou, busca desonerar cada vez mais a vítima dos eventos danosos), mas também da tentativa de desjudicialização dos litígios (como também já se tratou)⁴²⁸, das diretivas internacionais acerca do assunto, e do próprio direito positivo brasileiro⁴²⁹. Nesse sentido, a medida é até mesmo considerada inconstitucional, para alguns, por criar condicionantes à tutela dos direitos fundamentais e por representar ‘retrocesso’ à proteção anteriormente conferida aos internautas, assim como por prever uma profunda inversão axiológica, dando mais garantia à proteção de direitos autorais do que à proteção de direitos de fundamentais⁴³⁰.

Faz coro Martins, destacando que o Marco Civil violaria o princípio do livre acesso ao Judiciário⁴³¹ e que a notificação judicial dos provedores não pode ser considerada senão uma mera condição de procedibilidade para as ações de reparação de danos em face dos prestadores, prevendo a sua responsabilização imediata pelo descumprimento da ordem, o que não impediria a leitura do dispositivo como compatível com a cláusula geral do risco presente no Código Civil⁴³². É dizer, para aquele autor,

⁴²⁶ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 290.

⁴²⁷ GODOY, op. cit., p. 313.

⁴²⁸ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 290-291.

⁴²⁹ GODOY, op. cit., p. 314.

⁴³⁰ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., p. 291-294; MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 358-359, SOUZA; LEMOS, op. cit., p. 76. Contrariamente, Ribeiro, op. cit., p. 171, faz questão de destacar que o Marco Civil não necessariamente é mais protetivo dos direitos autorais do que de direitos fundamentais, isso porque a sua previsão apenas menciona que lei posterior deverá realizar a regulamentação da matéria, e que esta, portanto, pode criar maiores restrições à proteção do direito.

⁴³¹ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 367.

⁴³² MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 359.

a necessidade de notificação poderia ser lida apenas como mais uma forma de responsabilização, que não limitaria a responsabilidade objetiva decorrente do risco da atividade, se esta for assim considerada na análise concreta dos casos.

Em decisão paradigmática recente, de 16 de junho de 2015, diante de verificação do dano excessivo causado por um conteúdo ilícito, em consonância com o argumento acima, inclusive, a Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos veio a revisar a norma constante na Diretiva de 2000 e responsabilizou sem análise de culpa um portal de notícias por comentários ofensivos feitos por seus leitores, mesmo tendo-os removido quando notificado⁴³³. Ainda que seja cedo para se enunciar a inauguração de um novo entendimento europeu, tal decisão aponta, ao menos, uma insurgência importante contra a não responsabilização (ou o condicionamento desta) dos provedores pelos conteúdos gerados por terceiros.

Já Schreiber, autor identificado à linha do direito civil-constitucional, firma que, para salvar o art. 19 da inconstitucionalidade, seria necessário interpretá-lo conforme a constituição, passando a aplicar também a notificação extrajudicial às lesões que não têm relação a conteúdo de caráter sexual ou a nudez, tendo em vista tratarem de direitos de igual hierarquia e haver, portando, o privilégio injustificado de um e o prejuízo de outro⁴³⁴.

Finalmente, existe também corrente que critica a ausência de previsão, na Lei, de outros remédios menos extremos do que a supressão do conteúdo, como alternativa à própria vítima. Dentre eles, vislumbrar-se-ia a possibilidade, em determinados casos, de simples correção do material, contextualização do conteúdo ou sua desidentificação (desindexação)⁴³⁵.

2.4.2 Argumentos pela continuidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Há autores que defendem que, mesmo após a criação do Marco Civil da Internet, ainda seria possível a responsabilização dos provedores

⁴³³ Ibidem.

⁴³⁴ SCHREIBER, Anderson. Marco civil da internet... cit., 296-297.

⁴³⁵ Idem, p. 296-299.

de maneira objetiva, conforme as disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Segundo eles, de início, não há como se negar a existência de relação de consumo entre os internautas, quando atuam como provedores de informação, e os donos das páginas em que tais informações são postadas, ou seja, os provedores de conteúdo. Isso porque são os provedores de conteúdo que organizam a atividade e dela se beneficiam pelo seu valor econômico e capital social, constituindo a figura de fornecedores. Não haveria portanto que se falar em gratuidade das relações jurídicas entre os *sites* desse gênero e seus usuários, devido à nítida configuração do negócio oneroso pela remuneração indireta (e por vezes também direta)⁴³⁶.

Reforçada estaria essa caracterização pela identificação de uma clara disparidade de forças entre o usuário e o provedor, que coloca aquele em uma premente posição de vulnerabilidade técnica (pelo desconhecimento das nuances que permeiam a relação em que figura), típica dos contratos de consumo⁴³⁷.

Dito isso, Godoy afirma que uma interpretação harmônica do ordenamento jurídico em sua inteireza, bem como a adoção da proporcionalidade na regulação de direitos de igual hierarquia, torna indubitável a incidência das regras da referida lei mais protetiva às relações *online* (qual seja, o CDC), eis que elas são voltadas à proteção específica de um grupo de indivíduos cuja tutela se garante constitucionalmente. Assim sendo, permaneceria a responsabilização objetiva pelo fato de terceiro (considerando-se o atingido como consumidor por equiparação) ou, ao menos, a possibilidade de notificação extrajudicial acerca dos conteúdos lesivos como substrato suficiente para a responsabilização dos provedores⁴³⁸.

Pinheiro, da mesma forma, aduz que, em análise geral, o CDC tem princípios e artigos válidos para as relações eletrônicas e não presenciais, o que se faz visível pela sua vocação de proteção de direitos difusos e coletivos, pela definição ampla de consumidor, pela proteção contra práticas abusivas, pelo dever inarredável de informação acerca dos produtos e serviços ofertados, pelo reconhecimento da necessidade não só de reparação patrimonial (em caso de prejuízos), mas também de compensação

⁴³⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 349-350.

⁴³⁷ Idem, p. 350.

⁴³⁸ GODOY, op. cit., p. 316-320.

de danos morais, e ainda pela possibilidade de desistências das compras realizadas sem o contato direto com o bem vendido, dentre outras características que deixariam transparecer a abrangência do seu manto de amparo⁴³⁹.

Apesar de não tratar especificamente sobre o tema, a obra de Calvão da Silva justifica a existência de um direito específico do consumidor pela necessidade de adequar o direito tradicional às novas realidades, restabelecendo a igualdade entre as partes “rompidas pelas mutações sócio-econômicas” e reequilibrando os contratos desestabilizados “em face da desigualdade ou desequilíbrio de forças entre contraentes”, sendo o equilíbrio o próprio fundamento da força obrigatória dos contratos⁴⁴⁰. Em verdade, seria um direito de proteção social da parte mais fraca da relação de consumo⁴⁴¹.

A par da grande diferença de capacidade financeira que se sabe existir entre as grandes corporações que atuam na internet e os indivíduos que se tornam seus usuários, há, especialmente, nas relações com consumidores, todo um arcabouço técnico disponível ao fornecedor – inclusive pelo maior acesso a dados e informações pessoais dos internautas –, que se utiliza “de sinais audiovisuais cuja complexidade é crescente e que paulatinamente hipervulnerabilizam o consumidor pelo completo desconhecimento das relações jurídicas de que passa a fazer parte”⁴⁴².

Assim, deduz-se que a vulnerabilidade do consumidor, que inspirou a construção e consolidação deste novo ramo do direito, toma proporções ainda mais alarmantes na Internet. Em outras palavras, a carência completa de informação por parte de imensa legião de usuários da Rede somente demonstra a hipervulnerabilidade do *ciberconsumidor*, cuja tutela somente será efetivada através de uma maior incidência promocional dos princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa

⁴³⁹ PINHEIRO, op. cit., p. 158-164.

⁴⁴⁰ SILVA, op. cit., p. 65-66.

⁴⁴¹ Idem, p. 67.

⁴⁴² MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil do provedor de internet... cit., p. 343.

humana e a solidariedade social, promovendo um equilíbrio de forças entre as partes envolvidas⁴⁴³.

Configurada a relação de consumo, afirmam Martins e Longhi, incidiria em sua totalidade o regime da responsabilidade civil objetiva pelo fato do produto e do serviço presente no Código de Defesa do Consumidor⁴⁴⁴. Sem impedimento, idealmente, seria, adiante, promulgada nova lei que desse conta, especificamente, das relações de consumo na internet⁴⁴⁵.

Assim, para os defensores da continuidade de aplicação da matéria mesmo aos contratos havidos na internet, a relação de consumo, que invoca a aplicação da legislação específica, não teria então sido substituída nas relações *online* pela lei posterior, tendo em vista que a polaridade nas relações de consumo continuou a existir e, portanto, também permaneceu a justificativa de defesa dos consumidores como matéria de *status* constitucional⁴⁴⁶. Por outro lado, seria também possível arguir que o Marco Civil é, justamente, a lei que deve ser aplicada no caso, devido à sua especialidade quanto às relações na internet. O que se tenta demonstrar aqui, é que mesmo com a promulgação da lei nova, restaram dúvidas quanto à sua aplicabilidade, tato pela invocação da inconstitucionalidade, quanto pela incerteza decorrente da aplicação dos métodos de resolução de anti-nomias de segundo grau.

⁴⁴³ *Idem*, p. 347.

⁴⁴⁴ *Idem*, p. 352. Em igual sentido: OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Aspectos principais da Lei 12.965-2014, o marco civil da internet: subsídios à comunidade jurídica. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, p. 271-289, jan./jun. 2014.

⁴⁴⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. A atualização do CDC e a regulamentação do comércio eletrônico: avanços e perspectivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 95, p. 255-287, set./out. 2014, p. 17.

⁴⁴⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 365; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26.

2.4.3 Controvérsias quanto à responsabilização dos provedores de comércio eletrônico

Além das discussões acima comentadas, a solução adotada pelo Marco Civil traz, às cortes, insegurança quanto à forma de responsabilização dos provedores de comércio eletrônico, particularmente daqueles que funcionam como fornecedores de intermediação entre usuários (mais comumente sendo o caso dos intitulados “*marketplaces*”, mas também envolvendo atividade como a dos *sites* de compras coletivas) – sejam estas pessoas físicas ou jurídicas.

Nestas hipóteses, poderão ser identificados dois tipos de relações referentes a um mesmo provedor no exercício de sua atividade: a sua relação com o usuário (consumidor), e a sua relação com o ofertante (fornecedor), que se usa de sua estrutura de intermediador das vendas.

Quanto aos usuários, parece razoavelmente claro que a relação havida não difere daquelas previstas e tratadas pelo Marco Civil. Assim sendo, na prática, as consequências de danos causados pelos consumidores a terceiros por meio da plataforma dos provedores de comércio eletrônico seriam tratadas da mesma maneira como lá previsto.

Todavia, parece diferir substancialmente essa conclusão quando o dano for causado por atos ilícitos dos ofertantes, por meio da plataforma do provedor intermediário. Pode-se entender, neste caso, que se está diante de uma verdadeira cadeia de consumo, o que atrairia ao provedor a responsabilização objetiva.

Por tal razão os tribunais, apesar de aplicarem o Marco Civil da Internet para tratar das relações entre provedor de aplicações e internauta, ainda divergem quanto à responsabilização objetiva dos provedores de comércio eletrônico. A exemplo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao se deparar com casos envolvendo plataformas tais quais os *marketplaces* e os *sites* de compras coletivas continuam aplicando, porém de forma vacilante, as previsões do Código de Defesa do Consumidor e reconhecendo a responsabilidade objetiva, por considerarem que tais plataformas se inserem na cadeia de consumo⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ “APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. COMPRA DE PRODUTO EFETUADA NO SITE ‘MERCADO LIVRE’. NÃO RECEBIMENTO DA MERCADORIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA PARTE AU-

B Nova visão sobre as metodologias de responsabilização civil na internet

Realizada a análise das metodologias e críticas de responsabilização aplicadas aos provedores de serviços de internet por conteúdos gerados por terceiros, resta que se esclareça o posicionamento adotado nesta pesquisa, para enfim propor novas formas de responsabilização dos provedores, como segue.

1 Tomada de posição

Considerando as construções da responsabilidade civil tradicional (conforme o que se explicou no primeiro momento deste trabalho) e sua

TORA. APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS INTEGRANTES DA CADEIA DE CONSUMO. NÃO INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE VEROSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DA PARTE AUTORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 20 DO CPC/73. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 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. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC é regra de instrução que deve ser utilizada com prudência, cumprindo ao magistrado sopesar a verossimilhança da alegação formulada pela parte autora e a dificuldade na produção de prova. A inversão cria a presunção de veracidade de alegação específica, impondo à parte contrária a incumbência de comprovar o contrário. Os honorários advocatícios, nos casos sentenciados na vigência do Código de Processo Civil de 1973, devem ser fixados em atenção aos critérios estabelecidos em seu art. 20, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço” (TJSC. AC 0021303-71.2007.8.24.0005. Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista. Florianópolis, 26 de outubro de 2017). No mesmo sentido: TJSC. *Recurso Inominado 0705193-23.2012.8.24.0023*. Relator: Desembargador Marcelo Carlin. Florianópolis, 10 de novembro de 2016; TJSC. *Recurso Inominado 0000178-10.2012.8.24.0090*. Relatora: Desembargador Rudson Marcos. Florianópolis, 28 de abril de 2016; TJSC. *Recurso Inominado 2014.300588-6*. Relator: Desembargador Gustavo Emelau Marchiori. Florianópolis, 06 de fevereiro de 2015; TJSC. *Recurso Inominado 2014.101100-7*. Relator: Desembargador Davidson Jahn Mello. Florianópolis, 11 de dezembro de 2014.

interação com o Direito Digital, cabe explicar o posicionamento que se toma nesta obra.

Como se acredita ter restado evidente, há uma discordância com a solução adotada pelo Marco Civil da Internet, motivada não pelos argumentos de inconstitucionalidade do novo texto legal – esclarecendo-se desde logo que qualquer alteração, a nosso ver, dependeria da alteração da legislação, não respaldando a analisada corrente doutrinária que propõe o afastamento imediato do Marco Civil, nem tampouco a aplicação do CDC em desconformidade com a nova Lei –, mas sim pela constatação de que ela, apesar de se propor a proteger o importante direito da liberdade de expressão e, em geral, o desenvolvimento das atividades em rede, não só deixa de fazê-lo, como também leva a um tratamento diferenciado que parece contrário ao caminho que vinha traçando a disciplina – além de ignorar as tendências globais atuais quanto à responsabilidade dos provedores.

Bem se reconhece que o tal caminho da responsabilidade civil acima referenciado não é necessário e que, por evidente, pode ser desviado conforme os interesses e desenvolvimentos sociais. No entanto, da maneira como se operou, primeiro, a adoção do *notice and takedown* e, em seguida, a obrigação de notificação judicial, não se verificou o devido confronto com as consequências dessa alteração de curso.

Como se argumentou, a obrigatoriedade da notificação para acionar a responsabilidade do provedor, em verdade, não protege a liberdade de expressão; pelo contrário, a prejudica, por contribuir à errônea noção de que há liberdade para violação de direitos alheios. Trata-se como liberdade aquilo que não o é: a utilização da rede para causar danos a terceiros pela divulgação de conteúdos privados alheios, maliciosos e ilícitos de maneira geral, não é algo que detenha proteção em nosso ordenamento jurídico, e não deverá passar a tê-la devido à sua disseminação na internet. Ademais, parece haver uma confusão entre o que é censura (e até mesmo o que se chama de *chilling effect*) – que trata da injusta e injustificada proibição, direta ou indireta, pelo Estado, da divulgação de conteúdos protegidos pela garantia de liberdade de expressão – e o que é o dever de fiscalização e a editoração de conteúdos ilícitos e lesivos pelo ente privado que os divulga – a qual acontece independentemente do Marco Civil, conforme os interesses dos próprios provedores e que é inclusive exigida das mídias tradicionais.

Além disso, o tratamento indiferenciado entre todos os provedores de aplicações, como ocorre em Lei, permite que provedores que não deveriam, em nossa compreensão, ser responsabilizados pelos conteúdos de terceiros, o sejam, tal qual poderá acontecer com os provedores de correio eletrônico, os provedores de pesquisa e os provedores de hospedagem (como se verá mais a fundo no item subsequente). Isso sim, a nosso ver, pode prejudicar o desenvolvimento das atividades em rede.

No mais, internacionalmente, a partir da identificação dos novos atores da *web 2.0*, têm renascido as discussões acerca da sua necessária responsabilização⁴⁴⁸, o que acaba por ser sobrelevado pela legislação nacional.

Assim, visando a abordar e intentar uma solução inicial aos problemas identificados, propõe-se, a seguir, nova forma de tratamento da responsabilização dos provedores de serviços de internet, de *lege ferenda*, a qual se considera mais adequada às necessidades atuais, ao mesmo tempo em que coaduna com a legislação civil tradicional e, ao menos parcialmente, responde às críticas das correntes doutrinárias contrárias ao Marco Civil.

2 Proposta de Responsabilização dos Provedores de Serviços de Internet

O Marco Civil da Internet, como se viu, realiza a responsabilização conforme a atividade desenvolvida pelo provedor⁴⁴⁹, ainda que em classificação bastante restrita, dividindo estes entre provedores de conexão e provedores de aplicações. Assim o fazendo, no entanto, a legislação agrupa na segunda categoria uma ampla gama de atividades as quais representam e exigem atos diversos dos respectivos provedores⁴⁵⁰.

Deparados com situações similares, doutrinadores de outras nações propõem que sejam adotados regimes de responsabilidade diversos aos

⁴⁴⁸ Argumentando sobre o impacto jurídico do advento da *web 2.0*: GEORGE, Carlise; SCERRI, Jackie. *Web 2.0 and user-generated content: legal challenges in the new frontier. Journal of Information, Law & Technology*, Coventry, v. 2007, n. 2, 2007.

⁴⁴⁹ Tendência essa que já era adotada pela jurisprudência (MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 343).

⁴⁵⁰ GODOY, op. cit., p. 311.

diferentes provedores (destacando ser até mesmo *impossível* a sua reunião em única categoria jurídica, porque os atos por si praticados não são os mesmos), de modo garantir a proteção dos usuários da rede, ao mesmo tempo em que se permite o desenvolvimento livre das novas tecnologias⁴⁵¹.

Ainda que seja necessário que os prestadores de serviço garantam a segurança e a indenização das vítimas, dizem eles, não seria benéfico torná-los responsáveis em todos os casos, pelo simples fato da hipossuficiência técnica e informacional da vítima, já que tal solução seria demasiadamente onerosa. Consequentemente, seria desejável que a questão da responsabilização fosse respondida de forma diversa a depender da atividade desenvolvida por cada provedor⁴⁵². De um lado, sugere-se, há a produção do conteúdo ilícito (por parte dos provedores de informação), de outro, a sua difusão, com ou sem possibilidade de edição – não consistindo essa distinção, portanto, em mera escolha – das informações transmitidas. Cada qual, desse modo, será responsável de maneira diversa pelos danos causados⁴⁵³.

Sugere-se, assim, que a responsabilização pelos conteúdos gerados por terceiros se dê, não de acordo com a atividade do provedor (que pode se desdobrar em múltiplas), mas com a referida possibilidade, ou não, de contato com o conteúdo ilícito, ou seja, com a sua proximidade e o dever de edição – alterando-se também a compreensão atual de qual seria a extensão deste, dada a limitação do Marco Civil da Internet nesse sentido⁴⁵⁴. Seguindo orientação doutrinária, quanto maior for a discricionariedade de decidir o que será publicado, mais evidente será a responsabilidade do provedor⁴⁵⁵.

Explica-se, desde logo, que não se considera que as propostas a seguir sejam albergadas pela legislação vigente, tendo em vista que o

⁴⁵¹ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 197.

⁴⁵² Idem, p. 23.

⁴⁵³ Idem, p. 143.

⁴⁵⁴ Com efeito, a doutrina especializada também intenta a responsabilização conforme a edição, ou não, do conteúdo disponibilizado (a respeito v. LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., p. 109), no entanto, a proposta aqui realizada não se baseia na efetiva edição do conteúdo, mas na possibilidade de realização pelo provedor.

⁴⁵⁵ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 348.

Marco Civil da Internet, em parte, nega tais conclusões, de todo modo, considera-se oportuno tecer as considerações que seguem, ainda que com fins puramente acadêmicos, dividindo os provedores, novamente, conforme suas características próprias.

2.1 Proposta de responsabilização dos provedores de conexão

Os provedores de conexão, como já se teve a oportunidade de explicar anteriormente, não têm a sua atuação diretamente na internet – são meros intermediários técnicos do acesso à internet e não participam da geração de conteúdo⁴⁵⁶. Considera-se, assim, que, neste caso, ainda que haja dano decorrente de conteúdo ilícito gerado por terceiro, não haverá nexo de causalidade suficientemente próximo para acionar a responsabilidade destes provedores pela indenização correspondente. Seguindo-se o exemplo alemão – que isenta os provedores de acesso da imputação pelos conteúdos ilícitos das páginas na rede –, estarão os provedores de conexão a salvo de responsabilidade já que nem mesmo possuem qualquer tipo de controle das páginas da *web* com conteúdo incriminador⁴⁵⁷.

Dos provedores de *backbone* se espera que ofereçam sua estrutura a todos os provedores de acesso interessados em utilizá-la em igualdade de condições. Dos provedores de acesso se espera legitimamente que tratem seus consumidores da mesma maneira⁴⁵⁸. Serão eles responsáveis, no mais, somente pela correta prestação de seus serviços⁴⁵⁹ e por suas próprias ações ou omissões em relação à conexão à rede, às obrigações contratualmente impostas perante os usuários, e ao dever de informação que se lhes exige (notadamente quanto ao dever de auxiliar na identificação dos usuários da rede que cometam ilícitos⁴⁶⁰, quando instados por autoridade judicial, pelo prazo de 1 ano, nos termos do art. 13 do Marco Civil da Internet), mas não ao seu conteúdo.

⁴⁵⁶ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 166.

⁴⁵⁷ HIRATA, op. cit., p. 614.

⁴⁵⁸ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., 65-66.

⁴⁵⁹ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 338.

⁴⁶⁰ Tal obrigação surge em virtude do fato de que são os provedores de conexão que fornecem ao usuário o *internet protocol* (IP) que permite a identificação da

Seguindo o entendimento fixado nas cortes do Reino Unido, os provedores de acesso à internet não serão responsáveis pelos conteúdos que circulam na rede, a não ser que atuem também como distribuidores ou publicadores, o que os caracterizaria, ao mesmo tempo, como provedores de aplicações⁴⁶¹.

Afastam-se assim, nesta proposta, posicionamentos mais extremados, como o de Podestá, que visualiza que a “cadeia de fornecedores” responsável pela reparação de danos dos consumidores inclui, nas relações online, os provedores de acesso à internet⁴⁶². Tal visão, tendo em conta o posicionamento dos provedores de acesso na atividade anterior à atuação na rede, seria equivalente a incluir na cadeia de fornecedores de um produto físico o construtor do galpão onde se instalou a máquina para produção do bem, o que não se admite. Ou então, utilizando uma comparação mais próxima ao Direito Digital, seria como responsabilizar as companhias telefônicas, por exemplo, pelo mau atendimento em linha de atendimento ao consumidor de determinada empresa⁴⁶³.

2.2 Proposta de responsabilização dos provedores de aplicações

Quanto aos provedores de aplicações, em todos os casos, responderão pela falha técnica na prestação do serviço, pelo descumprimento das normas contratuais e pelos atos e omissões próprios.

Já no tocante aos conteúdos gerados por terceiros, para fins de responsabilização, propõe-se dividi-los entre aqueles que produzem e disponibilizam a informação (ou provedores primários das informações), e aqueles que oferecem as plataformas para sua divulgação (ou provedores secundários das informações). Estes, por sua vez, podem ser classificados entre aqueles que têm a possibilidade de edição do conteúdo disponibilizado (mesmo que não o façam na prática), e aqueles que não a possuem, atuando como meros intermediários das ações dos terceiros (os ditos

máquina de onde foi introduzido o conteúdo na rede (RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 178).

⁴⁶¹ CAREY, op. cit., p. 221.

⁴⁶² PODESTÁ, op. cit., p. 165.

⁴⁶³ A comparação entre os provedores de acesso e as companhias telefônicas é estabelecida por Pinheiro em sua obra (PINHEIRO, op. cit., p. 52). No mesmo sentido concluiu Eady J. no julgamento do caso *Bunt v. Tilley* (CAREY, op. cit., p. 221).

dumb pipes), sem a prerrogativa de tomar ciência das informações transmitidas, e sem qualquer capacidade de editoração.

2.2.1 Provedores primários das informações

Os provedores de informações, como já apresentados, são aqueles que são os criadores ou difusores imediatos dos conteúdos (ou seja, são os atores que, diretamente, realizam o ato de disponibilizar, na internet, o conteúdo), desse modo, serão eles diretamente responsáveis pelos danos causados a terceiros⁴⁶⁴. No tocante puramente à responsabilidade pelo fato ocorrido na internet, portanto, será possível buscar a responsabilização daquele que difundiu ou permitiu a difusão do conteúdo em um primeiro momento.

Estariam aqui inseridos, também os provedores de comércio eletrônico que constituem lojas virtuais, ou seja, os *e-commerces* que não sofrem intermediação de outros fornecedores.

Por evidente, tratando-se de atividades que acontecem fora do âmbito virtual, dever-se-ia analisar, no caso concreto, se o ator que disponibilizou a informação ilícita é ele próprio seu criador, ou se é terceiro que obteve, ou não, a autorização para a publicação⁴⁶⁵. Neste último caso, sendo ele responsável, ainda, pela violação de direito autoral, de sigilo ou por outros danos causados ao criador do conteúdo⁴⁶⁶.

Da mesma maneira, se a pessoa que permitiu a divulgação for o diretor da publicação *online* ou, possivelmente, o empregador daquele que criou o conteúdo, este será diretamente responsabilizado pelo conteúdo (inclusive de forma objetiva, seja pelo risco do negócio, seja pela aplicação da responsabilidade pelo fato do serviço), cabendo, a depender do regime de responsabilidade a que estiver submetido, se insurgir em ação de regresso contra o provedor originário da informação.

⁴⁶⁴ Exemplos destes seriam os usuários da rede que possuem seu próprio *site* e que, nele, compartilham suas próprias ideias ou as informações por si coletadas. Incluem-se entre eles, os particulares e as empresas de divulgação de notícias, como as revistas e jornais *online*, assim como os comércios eletrônicos que comercializam produtos e serviços próprios, como se acrescenta a seguir.

⁴⁶⁵ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., p. 93-94.

⁴⁶⁶ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 149.

Quanto a isso, não se vislumbra divergência em relação à legislação ora aplicável nacionalmente.

2.2.2 Provedores secundários das informações

Provedores secundários das informações serão todos os demais provedores de aplicações (excluídos apenas os provedores de informações e as lojas virtuais), já que são eles que permitem a divulgação, em suas plataformas, do conteúdo ilícito.

a) *Provedores sem poder de edição (dumb pipes)*

Provedores sem poder de edição são aqueles que, apesar de transmitirem o conteúdo, não têm, nem podem ter, ingerência sobre ele – daí porque são conhecidos também, como *dumb pipes*, ou canos ‘burros’. Seu papel se limita a veicular as informações aos destinatários do serviço, sem decidir efetivamente, e sem poder selecionar seu destinatário ou seu conteúdo, por impedimentos das próprias características de sua atividade⁴⁶⁷. A impossibilidade de que se fala aqui não é técnica (aquela que tem se usado para tentar justificar a não responsabilização dos provedores de conteúdo), mas sim a fática, já que a natureza do serviço veda a interferência⁴⁶⁸. Trata-se, ademais, de uma impossibilidade já reconhecida pela jurisprudência nacional⁴⁶⁹.

Considerando a classificação tradicional apresentada na primeira parte deste estudo, este grupo seria formado, de maneira geral (com possíveis exceções na análise dos casos concretos, quando estes atuarem também como provedores de conteúdos), pelos provedores de hospedagem, de correio eletrônico e de pesquisa.

A ausência de poder de edição, conforme a finalidade de sua atividade, leva à consideração de que não devem eles ser responsabilizados pelos conteúdos gerados por terceiros e por eles estocados ou transmitidos. Isso se daria pela aplicação dos critérios da responsabilidade civil

⁴⁶⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 350.

⁴⁶⁸ ALMEIDA, Juliana Evangelista. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 5.

⁴⁶⁹ CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues. *A responsabilidade civil do provedor de conteúdo...* cit., p. 20.

tradicional, em especial pela verificação da ausência denexo de causalidade entre o dano e a conduta de tais provedores, bem como pela ausência de antijuridicidade em sua atuação por conta de sua atuação ser, *a priori*, por característica do próprio serviço, neutra, automática e passiva no tocante aos conteúdos divulgados, a quem transmite e a quem recebe a informação e com qual finalidade essa transmissão é realizada⁴⁷⁰. Significa dizer que o prestador não terá conhecimento nem controle sobre a informação transmitida ou estocada⁴⁷¹, não cabendo a si, portanto, nem mesmo um dever de vigilância – já que faticamente impossível de ser operado.

Com efeito, especificamente, provedores de correio eletrônico, além de não tornarem públicas as informações por si transmitidas, têm o papel equiparado ao serviço de correio físico – mero transporte das correspondências. Essa atividade, além de o distanciar da geração da informação, o impossibilita, legalmente, de devassar o seu conteúdo, devido ao sigilo das comunicações⁴⁷².

É sua obrigação, portanto, a neutralidade e a não edição, o que o isentaria de responsabilidade. No mais, não se poderia acionar sua responsabilidade nem por e-mail contendo *malwares/vírus*, ou *spam* (mensagens indesejáveis enviadas em massa), a não ser que tenha sido contratualmente estabelecida a prestação dos serviços específicos de filtragem por antivírus a triagem de mensagens recebidas⁴⁷³.

⁴⁷⁰ Tais condições, apesar de poderem ser deduzidas do regime tradicional de responsabilidade civil, são expressamente previstas pela *directive sur le commerce électronique* (“diretiva sobre comércio eletrônico”) da União europeia (RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 182; 193).

⁴⁷¹ Idem, p. 193.

⁴⁷² MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 384-884. Leonardi trata, especificamente, de um dever de não-monitoramento por parte dos provedores, baseado no sigilo das comunicações (LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., p. 56). No mesmo sentido: ALMEIDA, Juliana Evangelista. Op. cit., p. 5.

⁴⁷³ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., p. 104.

Os provedores de pesquisa, por sua vez, realizam tarefa de simples reunião de dados e de indexação de informações divulgados pelos provedores de conteúdo – um papel puramente técnico⁴⁷⁴ e que exige, sob pena de cumprimento insatisfatório da própria tarefa, que todos os resultados encontrados no âmbito da busca sejam apresentados. O provedor age como intermediário de mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas⁴⁷⁵. O direito de ‘procurar’ as informações na internet, destaca Grimmelmann, é tão fundamental, que chegou a ser reconhecido na Declaração universal dos Direitos Humanos. A pesquisa não pode, então, ser restringida aos usuários pelos mecanismos que se propõem a tal fim. É o usuário que irá selecionar os termos a serem buscados, conforme seu direito de autodeterminação, cabendo ao provedor apenas responder a essa demanda⁴⁷⁶. Grimmelmann assim explica:

Boas ferramentas de busca ajudam os usuários a encontrar as informações que eles procuram, não as informações que outros desejam que eles encontrem. A pesquisa pode ajudar os indivíduos a se moverem de uma posição de consumidores passivos da informação, para ativamente a buscarem. Essa mudança é importante para a autonomia humana, já que a habilidade de localizar informações de que nós precisamos é central para a nossa habilidade de tomar decisões por conta própria⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 321; MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 359.

⁴⁷⁵ ANDRIGHI, op. cit., p. 4.

⁴⁷⁶ GRIMMELMANN, James. Speech Engines. *Minnesota Law Review*, v. 98, p. 868-952, 2014, p. 896-897.

⁴⁷⁷ GRIMMELMANN, James. Don’t Censor Search. *The Yale Law Journal Pocket Part*, v. 117, p. 48-52, 2007, p. 50. No original: “Good search tools help users find the information they want, not the information that others want them to find. Search can help individuals move from being passive consumers of information to active seekers for it. This shift is important for human autonomy, since the ability to locate the information we need is central to our ability to make decisions for ourselves”.

Nesse sentido, distancia-se a sua atividade da criação ou da divulgação ilícita do conteúdo e impede na prática também a edição dos conteúdos, o que rompe o nexo de causalidade com o dano. Esta proposta de (não) responsabilização dos provedores de pesquisa se coaduna com a experiência britânica, que rechaça até mesmo os efeitos da notificação extrajudicial para garantir o *actual notice* do provedor de pesquisa, porque a natureza técnica do mecanismo de busca o difere sobremaneira dos provedores com poder de edição⁴⁷⁸ – não há (nem deve haver) controle sobre os termos de busca e sobre os demais *sites* na internet que serão encontrados pelo internauta.

Justamente para garantir essa ausência de interferência tem-se começado a cogitar a imposição de uma política de “*search neutrality*”, neutralidade da pesquisa, que serviria para garantir que provedores de pesquisa não ultrapassem o seu papel de meros condutores da informação. Defensores desta ideia equiparam os provedores a cartógrafos: eles apenas criam um mapa daquilo que há na rede, sem possibilidade lícita de inserir ou retirar dos mapas as informações que lhes convenham⁴⁷⁹.

Evidentemente, há provedores desta categoria que adentram zonas nebulosas no tocante à interferência nos resultados de busca: diante do caso concreto, dever-se-á investigar se essa interferência os qualifica, em verdade, como provedores de conteúdo; causando, de toda forma, a sua responsabilidade pessoal por todos os danos causados pela própria conduta – ou seja, pela responsabilidade por ato próprio.

Não obstante, tem-se cogitado quanto a estes a obrigação de, sendo notificados para tanto, desindexarem conteúdos considerados ilícitos ou privados⁴⁸⁰ – o que se tem convencido chamar de direito ao esquecimento na internet⁴⁸¹. A despeito da discussão teórica acerca da constitu-

⁴⁷⁸ CAREY, op. cit., p. 222-223.

⁴⁷⁹ GRIMMELMANN, James. *Speech engines...* cit., p. 883.

⁴⁸⁰ BINICHESKI, Paulo Roberto. *Responsabilidade civil dos provedores de internet: direito comparado e perspectivas de regulação no direito brasileiro*. São Paulo: Juruá, 2011, p. 256.

⁴⁸¹ ANDRIGHI, op. cit., p. 3. CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues et al. Um estudo do caso Xuxa vs. Google Search (REsp 1.316.921); o direito ao esquecimento na internet e o STJ. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, p. 335-355, jan./jun. 2014.

cionalidade do direito ao esquecimento (quando este implica a responsabilização da simples republicação ou indexação de fatos originalmente públicos e de interesse público), a referida medida de desindexação, por sua vez, na proposta que aqui se desenvolve, deveria ser feita apenas judicialmente, tendo em vista que a responsabilização daí advinda decorreria tão somente da omissão diante da ordem e não da própria ilicitude da informação gerada por terceiro – ainda assim, a responsabilidade seria aquela pela desobediência da ordem, e não pelo conteúdo indexado, condicionada pela notificação, como ocorre no Marco Civil⁴⁸². Desse modo, a responsabilidade independe da criação de novas leis aplicáveis tão somente à internet.

No mais, só se poderia falar de responsabilização por atos de terceiros em relação aos provedores de busca quando estes efetivamente realizarem o serviço de forma falha, exibindo como se contemporâneos fossem resultados que já foram apagados dos *sites* de origem⁴⁸³, ou se estes

⁴⁸² RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 21.

⁴⁸³ Hipótese de responsabilização essa que já se aplica pela jurisprudência nacional: “CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. 1. INTERNET. PROVEDOR DE PESQUISA. EXIBIÇÃO DE RESULTADOS. POTENCIAL OFENSIVO. AUSÊNCIA. DANO MORAL. AFASTADO. 2. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFFERENÇA. CORRESPONDÊNCIA ENTRE OS RESULTADOS E A PESQUISA. AUSÊNCIA. EXPECTATIVA RAZOÁVEL. FALHA DO SERVIÇO. CONFIGURAÇÃO. 3. OBRIGAÇÃO DE FAZER PERSONALÍSSIMA. DECISÃO JUDICIAL. INÉRCIA RENITENTE. MULTA COMINATÓRIA. FIXAÇÃO DE PATAMAR ESTÁTICO. INSUFICIÊNCIA RECONHECIDA. 4. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Recurso especial em que se debate a responsabilidade civil decorrente da discrepância entre o resultado de busca e a alteração do conteúdo danoso inserido em sítio eletrônico, bem como a obrigatoriedade de atualização dos resultados de busca conforme o novo conteúdo disponível no momento da consulta. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, os provedores de pesquisa fornecem ferramentas para localização, dentro do universo virtual, de acesso público e irrestrito, de conteúdos relacionados aos termos informados para pesquisa. 3. Não contém aptidão para causar dano moral a exibição dos resultados na forma de índice, em que se relacionam links para páginas em que há conteúdos relacionados aos termos de busca, independente do potencial danoso do conteúdo em si ou dos termos da busca inseridos pelos internautas. 4. Os provedores de pesquisa podem ser excepcional-

se deslocam de sua posição passiva e passam a oferecer serviços que alteram ativamente os resultados de busca, como a venda de espaços privilegiados no início dos resultados para aqueles que contratam tal serviço de priorização⁴⁸⁴. No tangente a essas atividades que ultrapassam a mera pesquisa, os provedores passariam a ser equiparados aos provedores de conteúdo, sendo nitidamente dotados de poder de edição, cuja proposta de forma de responsabilização é realizada no tópico que segue.

Por fim, os provedores de hospedagem têm atividade eminentemente técnica, aproximando-se mais dos provedores de acesso do que dos provedores de conteúdo da internet, quando seus serviços são considerados de forma pura⁴⁸⁵. Funcionam como locadores do espaço virtual⁴⁸⁶.

mente obrigados a eliminar de seu banco de dados resultados incorretos ou inadequados, especialmente quando inexistente relação de pertinência entre o conteúdo do resultado e o critério pesquisado. 5. A ausência de congruência entre o resultado atual e os termos pesquisados, ainda que decorrentes da posterior alteração do conteúdo original publicado pela página, configuram falha na prestação do serviço de busca, que deve ser corrigida nos termos do art. 20 do CDC, por frustrarem as legítimas expectativas dos consumidores. 6. A multa cominatória tem por finalidade essencial o desincentivo à recalcitrância contumaz no cumprimento de decisões judiciais, de modo que seu valor deve ser dotado de força coercitiva real. 7. A limitação da multa cominatória em patamar estático pode resultar em elemento determinante no cálculo de custo-benefício, no sentido de configurar o desinteresse no cumprimento das decisões, engessando a atividade jurisdicional e tolhendo a eficácia das decisões. 8. A multa diária mostrou-se insuficiente, em face da concreta renitência quanto ao cumprimento voluntário da decisão judicial, impondo sua majoração excepcional por esta Corte Superior, com efeitos ex nunc, em observância ao princípio da não surpresa, dever lateral à boa-fé objetiva processual expressamente consagrado no novo CPC (art. 5º). 9. Recursos especiais parcialmente providos” (STJ. *REsp 1.582.981/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 10 de maio de 2016).

⁴⁸⁴ LORENZETTI, op. cit., p. 562.

⁴⁸⁵ Como já se explicou, o mesmo ator pode atuar como provedor de informação, de hospedagem e de conteúdo. Sua responsabilização, logo, deverá ser visualizada de acordo com a atividade especificamente desenvolvida em relação ao ilícito.

⁴⁸⁶ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet...* cit., p. 105.

Independentemente do grau de complexidade dos serviços de armazenamento, o provedor de hospedagem não interfere no conteúdo dos *sites*⁴⁸⁷; somente os adquirentes de tal serviço o fazem, em geral consistindo em provedores de conteúdo⁴⁸⁸. Não por outra razão são agrupados, na legislação europeia, com os provedores de conexão, imputando-se àqueles, de maneira geral, as mesmas obrigações que são exigidas destes, ressalvadas algumas peculiaridades⁴⁸⁹. Ademais, considera-se que os dados armazenados pelos provedores de hospedagem são também protegidos pelo manto do sigilo das comunicações e da própria privacidade, sendo prerrogativa do próprio usuário a disponibilização a terceiros do conteúdo ali constante, de modo que não tem o provedor qualquer tipo de ingerência sobre elas⁴⁹⁰.

Para fins desta proposta poder-se-ia compreender sua responsabilidade, somente em três casos: (a) de falha na prestação de seus serviços, causando, por exemplo, queda ou invasão dos servidores, perda ou divulgação não autorizada de informações e desatualização dos sistemas de segurança que venha a causar dano⁴⁹¹; (b) de fornecimento de dados necessários para a identificação do usuário de internet que divulgou o ilícito⁴⁹², porém limitada à sua obrigação de guarda de dados, que atualmente abrange o período de apenas seis meses, conforme o art. 15 do Marco Civil da Internet; e (c) a obrigação de indisponibilização de *web-pages* que sejam por si albergadas, também diante de ordem judicial específica, sem que isso implique a responsabilização solidária ou subsidiária pela ilicitude. Tais obrigações, assim como a dos provedores de pesquisa, gerariam responsabilidade somente no limite do seu descumprimento, e não devido ao conteúdo ilícito das informações colocadas por terceiro na internet.

Tal proposta de responsabilização, assim, apesar de favorecer os provedores, estaria ajustada à legislação tradicional de responsabilidade

⁴⁸⁷ *Idem*, p. 26.

⁴⁸⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 341.

⁴⁸⁹ RICBOURG-ATTAL, *op. cit.*, p. 165.

⁴⁹⁰ AZEREDO, *op. cit.*, p. 222-226.

⁴⁹¹ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., 374; 385-387.

⁴⁹² Tem prevalecido nos Estados Unidos da América o ajuizamento de demandas dessa natureza em face do provedor direito do serviço (*idem*, p. 391).

civil, tornando desnecessária a criação de novas leis específicas à internet e, ao mesmo tempo, promovendo os princípios enunciados pelo Marco Civil da Internet. Na sua vigência, todavia, a responsabilização dos provedores sem possibilidade de edição (correio eletrônico, pesquisa e hospedagem) se dá de maneira idêntica aos demais provedores de aplicações, em razão da classificação restrita da Lei, como se demonstrou anteriormente.

b) Provedores com poder de edição

Já os provedores com poder de edição englobam, no contexto da *web 2.0*, os provedores de conteúdo e os provedores de comércio eletrônico (à exceção das lojas virtuais, que são provedoras primárias das informações), ou seja, aqueles que detêm as plataformas para que terceiros, ou para que eles próprios, possam divulgar informações de forma pública, ainda que seja sua prerrogativa limitar o público de preferência do fornecedor da informação. Apesar de haver, dentre eles, uma diversidade de serviços prestados, podem ser agrupados devido a uma característica comum de seu funcionamento geral: todos propõem a difusão de conteúdos gerados por seus utilizadores dentro de uma arquitetura por si previamente imposta⁴⁹³, ou seja, dentro dos parâmetros de seu *website*, o qual servirá de tela direta para que tais informações sejam afixadas.

A proposta de sua responsabilização advém da verificação de atuarem como os verdadeiros difusores do conteúdo ilícito, mesmo detendo a possibilidade de fiscalização e edição (em que pese a discussão acerca da sua capacidade técnica para tanto). São eles, ademais, que se beneficiam diretamente de tal divulgação, por vezes sendo classificados como verdadeiros fornecedores de serviços *online*.

O seu poder de edição, por sua vez, deve ser visualizado a partir da análise do serviço prestado, e não da sua efetiva realização, ou do reconhecimento expresso do prestador, de que sejam mediadas as informações prestadas em seu *site*. Isso porque, a simples negligência na editoração de conteúdos não retira a responsabilidade decorrente da atividade. Nesse sentido, revela-se que o parâmetro adotado deve ser aquele que visualiza não só as obrigações contratualmente estabelecidas, mas também os “deveres laterais, anexos ou instrumentais de conduta gizados pelo princípio

⁴⁹³ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 245.

da boa-fé objetiva (CC, arts. 113 e 422), que devem ditar o bom cumprimento da obrigação⁴⁹⁴.

Para respaldar tal entendimento, podem-se invocar precedentes internacionais que reconhecem a qualidade de editor àqueles que preencham os requisitos para tanto, ainda que não reiviniquem para si, nem reconheçam essa sua qualidade⁴⁹⁵. Ademais, tratam-se de serviços que, por suas próprias características, não admitem a pretensão de neutralidade, o que muitas vezes fica evidente pela leitura das condições de utilização por eles mesmo impostas, que ordenam o respeito a determinadas regras pré-definidas de conteúdo e de forma⁴⁹⁶. Não se admitiria, portanto, a exemplo da legislação alemã, nem mesmo a validade de cláusula de não indenizar dentre os termos de utilização do serviço⁴⁹⁷.

Tais provedores, de fato, frequentemente criam regras para o uso de suas redes, mantendo para si a plena liberdade de decidir sobre a manutenção ou retirada do conteúdo denunciado, ou identificado, como ilícito⁴⁹⁸. Assim sendo, propõe-se sejam responsabilizados de maneira objetiva pelos conteúdos de terceiros, seguindo a tendência clássica da responsabilidade civil, bem como o exemplo europeu que, contemporaneamente, a isso tem se direcionado⁴⁹⁹.

Caberia a eles, ainda, a ação de regresso contra os causadores diretos do dano⁵⁰⁰, o que, idealmente levaria ao maior cuidado na identificação dos usuários e, por sua vez, levaria à efetiva diminuição da atuação ilícita na internet – tendo em vista que essa é estimulada pelo aparente anonimato da rede⁵⁰¹.

⁴⁹⁴ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 337.

⁴⁹⁵ RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 152.

⁴⁹⁶ Idem, p. 264-265.

⁴⁹⁷ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 399.

⁴⁹⁸ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão... cit., p. 404.

⁴⁹⁹ Como se mencionou, têm os exemplos francês e alemão aplicado a responsabilização objetiva para os provedores capazes de realizar a edição dos conteúdos gerados por terceiros.

⁵⁰⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet...* cit., p. 399.

⁵⁰¹ PINHEIRO, op. cit., p. 380.

Esta proposta, ainda, garantiria a proteção dos consumidores na internet não só em relação às redes sociais e atividades análogas mas também, e talvez até mais importante, no tangente às atividades dos intermediadores de comércio eletrônico, permitindo a sua responsabilização objetiva pelos defeitos dos produtos e serviços ofertados em suas plataformas. Seria, assim, plenamente alinhada à legislação consumerista, o que afastaria qualquer argumento de inconstitucionalidade, conforme vem ocorrendo com a solução adotada pelo Marco Civil.

Acaso permaneça a intenção legislativa de prevenir a responsabilização nos casos em que o provedor de conteúdo não teve oportunidade de tomar conhecimento efetivo do ilícito (devido à grande quantidade e velocidade de divulgação de conteúdos) – o que, como se argumentou ao longo deste, contraria a direção que vem sendo tomada especificamente pela doutrina europeia –, admitir-se-ia, apenas para os provedores de conteúdo – ou seja, os provedores com poder de edição das informações e que não se classificam como comércio eletrônico –, que, por meio de legislação específica, fosse adotada a ferramenta de *notice and takedown*, pela notificação extrajudicial, para fins de acionar a sua responsabilização.

Com esse regime, seria recriada uma forma de responsabilização específica ao entender que a omissão na retirada do conteúdo ilícito representaria a concordância com a sua divulgação (e não apenas a desobediência de ordem judicial, que já é, em si, considerada ilícita)⁵⁰². O mecanismo, todavia, por representar uma ruptura com o sistema tradicional de responsabilização, deveria ser devidamente justificado, aventando-se a sua aprovação devido à adoção internacionalizada do instituto e à sua aceitação por grande parte da doutrina brasileira, conforme se constatou neste estudo.

⁵⁰² RICBOURG-ATTAL, op. cit., p. 184.

CONCLUSÃO

A questão da responsabilização, ou não, dos provedores de aplicações de internet permeia internacionalmente as discussões acerca da regulamentação do uso da rede desde a sua massificação. Apesar disso, não se estabilizou, ainda, a resposta a tal problema, desenvolvendo-se em cada jurisdição uma nova forma de lidar com o assunto. Diante dessa realidade, não causa espanto constatar que no Brasil a definição da responsabilidade civil pelos danos causados aos usuários da *web* passou, em momentos diversos, por posicionamentos variados.

Partindo de uma classificação dos provedores de serviços de internet que os dividia em categorias de acesso (*backbone* e conexão) e de aplicações (hospedagem, informações, conteúdo, correio eletrônico e, mais à frente, pesquisa), particularmente quanto aos danos gerados por terceiros, inicialmente adotou-se a posição de que os provedores de aplicações responderiam aos lesados se não tomassem a cautela necessária no desenvolvimento da sua atividade, o que exigia deles a fiscalização razoável dos conteúdos disseminados e a identificação efetiva dos usuários lesantes.

Ao mesmo tempo, em posicionamento advindo das cortes estaduais, tendo-se reconhecido que os serviços da internet estariam sujeitos às normas de consumo e que a própria atividade desenvolvida na rede elevava o risco nas relações sociais, passou-se a estabelecer a responsabilização objetiva dos provedores de aplicações, buscando com isso garantir a segurança dos usuários. Acreditava-se que essa era a resposta que melhor coadunava com o caminho de desenvolvimento da responsabilidade civil enquanto matéria – ou seja, seguindo a direção de privilegiar a reparação da vítima, reduzindo sensivelmente o papel da culpa no estabelecimento do dever de indenizar.

A internet, no entanto, por representar uma ruptura sem precedente nas formas de comunicação em massa (por dar voz ativa a quem, antes, apenas consumia passivamente as informações transmitidas pelas mídias tradicionais), apresenta seus próprios desafios e, assim, foram sendo oferecidas soluções únicas e inéditas, ao menos em solo nacional, ao problema em comento. Com efeito, a constatação de que a rede tem alterado as relações humanas, de toda sorte, trouxe à academia jurídica a ideia de um Direito Digital para agrupar os estudos multidisciplinares do tema sob uma única rubrica – ainda que alguns doutrinadores considerem dispensável a criação de novas normas para cuidar das relações jurídicas em

meio digital. Mais do que isso, passou-se a cogitar, e por fim realizar, a importação da prática do *notice and takedown*, já adotada nos Estados Unidos da América desde 1996, e na Europa desde 2002, como condição para a responsabilização dos provedores na rede, na hipótese de conteúdo ilícito gerado por terceiros.

Esse mecanismo, que passou a ser utilizado no Brasil a partir de julgados do Superior Tribunal de Justiça no início desta década (ou seja, cerca de vinte anos depois do início da utilização da internet no País), garante a não responsabilização dos provedores desde que estes, previamente notificados pelos usuários acerca de conteúdos ilícitos divulgados em suas plataformas, indisponibilizem o conteúdo lesivo. Exceção à regra seriam os provedores de correio eletrônico (devido ao sigilo das comunicações) e de pesquisa (por causa das características únicas da atividade), que seriam isentos de responsabilidade ainda que ignorassem a notificação do ofendido.

Mesmo que não constasse em lei a condicionante da responsabilidade, o STJ passou a adotá-la por perceber nos modelos estrangeiros uma tendência aparentemente unânime, justificando seu uso, ainda, pela suposta proteção à liberdade de expressão e pela preocupação com o desenvolvimento desimpedido da nova tecnologia. Temia-se também que a responsabilização objetiva inviabilizasse as atividades dos provedores, o que estagnaria o crescimento dos serviços na *web*. A inovação judicial, no entanto, veio a causar graves controvérsias, sendo considerada por alguns como uma medida que põe em risco a própria liberdade que ela pretende proteger, e por outros como perigosa aos internautas, já que extirparia qualquer obrigação de fiscalização prévia das informações. Ademais, a ausência de estudo aprofundado prévio do novo mecanismo fez com que se ignorasse o fato de que internacionalmente, ao ser ele adotado, ainda não existia o que se convencionou chamar de *web 2.0*, que por sua vez tem levado países europeus, tais como a França, a retornar aos meios tradicionais de responsabilização (já que a condição de notificação, para eles, era justificável apenas aos provedores de hospedagem, e não necessariamente aos demais provedores de aplicações que vieram a surgir mais adiante, como as redes sociais).

Sem que chegasse ao fim a discussão acima, porém a superando, partiu do legislador brasileiro a iniciativa de criar a Lei n. 12.965/14, o Marco Civil da Internet. Por tratar de questões extremamente importantes, como a proteção de dados pessoais e a neutralidade da rede, a nova lei

recebeu, e ainda recebe, admiração internacional. No tocante à responsabilidade civil, todavia, é alvo de várias críticas contundentes, já que veio a dificultar mais ainda a responsabilização de alguns provedores, e ao mesmo tempo passou a possibilitar a responsabilização de outros, por reduzir as categorias antes desenvolvidas a apenas duas: provedores de acesso e de aplicações – que antes possuíam mais subdivisões, como mencionadas acima.

Enquanto os provedores de acesso se veem livres de responder pelos conteúdos gerados por terceiros, os provedores de aplicações podem ser acionados apenas se, notificados judicialmente para tanto, deixarem de indisponibilizar conteúdos, exceto quando o ilícito envolver nudez ou tiver caráter sexual, hipótese na qual basta a notificação extrajudicial do provedor. Com o anunciado propósito de garantir a liberdade e de preservar a competência das cortes para decidir sobre ilícitos, supostamente evitando a censura privada de informações, criou-se, por lei, barreira à indenização de vítimas de ilícitos na internet, que não só posterga (e por vezes inviabiliza) a reparação dos danos sofridos, mas que também institui injustificada diferenciação entre os meios digitais e físicos de divulgação de informações; e talvez pior, seleciona arbitrariamente quais ilícitos merecem maior celeridade na retirada do conteúdo de circulação.

Não bastasse, para muitos doutrinadores, o Marco Civil vai na contramão da proteção das relações de consumo e também falha em identificar as prerrogativas e as possibilidades técnicas dos provedores de aplicações quanto ao controle das informações que são distribuídas nas suas plataformas. Chega-se ao ponto de afirmar que, devido à especificidade da norma, seria aplicável ainda o Código de Defesa do Consumidor às atividades em rede, o que tem surtido efeitos reais, por exemplo, no julgamento de lides que envolvem o que se chama neste trabalho de provedores de comércio eletrônico.

Como se pode ver, é bastante contenciosa a definição de quando se deve responsabilizar os provedores, havendo, mesmo depois da promulgação de lei sobre o tema, posicionamentos divergentes na doutrina e até nos tribunais nacionais (e internacionais). Nesse contexto se identificou a necessidade de propor nova classificação dos provedores e promover, de *lege ferenda*, nova forma de responsabilização, levando em conta justamente as diferenças identificadas entre eles. Chegou-se, assim, partindo da primeira classificação mencionada pela doutrina nacional (à qual se acrescentou a categoria de provedores de comércio eletrônico), à divisão dos provedores entre provedores primários e secundários, ou seja, aqueles

que geram a informação e aqueles que apenas a divulgam; estes últimos, por sua vez, foram divididos entre provedores sem poder de edição e provedores com poder de edição.

Entre eles, sugeriu-se fossem responsabilizados pelos conteúdos gerados por terceiros apenas os provedores com poder de edição, de forma a isentar os provedores de *backbone*, de acesso, de hospedagem, de pesquisa e de correio eletrônico da obrigação de indenizar os usuários eventualmente lesados por informações de terceiros que se encontrem em suas plataformas. Já os provedores de conteúdo e de comércio eletrônico seriam sempre responsabilizados, e de forma objetiva, devido ao risco da atividade desenvolvida, o que faz superar, em boa parte, a discussão acerca da aplicação da legislação consumerista nesses casos, tendo em vista que o resultado coincide.

Aventou-se ainda a possibilidade de aplicação do mecanismo de *notice and takedown*, feitas todas as ressalvas necessárias no tópico correspondente, também dependente da criação de lei específica, no entanto limitando-se este apenas aos provedores de conteúdo, sem diferenciação de ilícitos – ou seja, sendo aplicável a todos os casos indistintamente.

Quanto ao problema que se propôs analisar este estudo, considera-se que a adoção do mecanismo de notificação extrajudicial e, mais tarde, de notificação judicial, de fato não foram suficientemente confrontados com a responsabilização civil tradicional e, como se pôde apontar nas críticas levantadas em cada parte deste trabalho, têm consequências graves aos usuários da rede e à própria segurança jurídica, tendo em vista que a solução adotada pelo STJ não tinha previsão legal, e portanto foi adotada temerariamente, e que o Marco Civil, por sua vez, levanta questões de inconstitucionalidade e de antinomias de segundo grau entre a lei especial e a cronologicamente posterior, que gera dúvidas quanto à sua aplicação às relações de consumo.

Ademais, a solução do Marco Civil, diante das severas críticas, não parece ter sido a mais adequada diante da observada evolução da responsabilidade civil quando defrontada com novas tecnologias, nem tampouco parece adequada a solucionar todas os conflitos nascentes na internet, por desconsiderar as diferenças inerentes aos serviços prestados por meio dela – desconsidera-se a internet como mero meio onde as atividades se desenvolvem.

REFERÊNCIAS

a) *Bibliografia*

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. rev., atual. e amp. por Rui Bedford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: _____ (Org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 57-73.
- ALMEIDA, Juliana Evangelista. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via Internet. *Revista do TST*, Brasília, v. 78, n. 3, p. 64-75, jul./set. 2012.
- _____; GUARIENTO, Daniel Bittencourt. A responsabilidade civil das redes sociais virtuais pelo conteúdo das informações veiculadas. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). *Responsabilidade Civil e inadimplimento no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 233-247.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- AZEREDO, João Fábio A. Sigilo das comunicações eletrônicas diante do Marco Civil da Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: marco civil da internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 211-231.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 89, p. 183-194, 1994. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993.
- BAHIA, John Hélder Oliveira. *Responsabilidade civil dos sites de buscas e provedores de internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2014.

- BARBAGALO, Erica B. Aspectos da Responsabilidade Civil. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (Orgs.). *Conflito de nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet*. São Paulo: RT, 2003.
- BARBIERI, Catarina Helena Cortada. Fundamentos filosóficos da responsabilidade civil: mapa para uma discussão. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 15-26.
- BARBOSA, Fernanda Nunes. *Internet e consumo: o paradigma da solidariedade e seus reflexos na responsabilidade civil do provedor de pesquisa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BARBOSA, Marco A. Marco Civil da Internet: mercado e estado de vigilância. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: marco civil da internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 233-251.
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BENTO, Leonardo Valles. Liberdade de expressão na Internet: alguns parâmetros internacionais e o direito brasileiro. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 136, p. 267-294, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/362/297>>. Acesso em: 16 mar. 2017.
- BEZERRA, Arthur Coelho; WALTZ, Igor. Privacidade, neutralidade e inimputabilidade da internet no Brasil: avanços e deficiências no projeto do Marco Civil. *Revista Eptic Online*, v. 16, n. 2, p. 161-175, mai./ago. 2014.
- BINICHESKI, Paulo Roberto. *Responsabilidade civil dos provedores de internet: direito comparado e perspectivas de regulação no direito brasileiro*. São Paulo: Juruá, 2011.

- BONNA, Alexandre. Indenização punitiva e responsabilidade objetiva no Brasil à luz da teoria de Jules Coleman. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 97-107.
- BRANCO, Sérgio. O marco civil e a responsabilidade por conteúdos gerados por terceiros. *ComCiência* [versão online], Campinas, n. 158, mai. 2014. ISSN 1519-7654. Disponível em: <http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542014000400011&lng=pt&nrm=isso>. Acesso em: 16 mar. 2017.
- BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.
- BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 20 fev. 2017.
- CAREY, Peter et al. *Media Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2010. 395 p.
- CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995.
- COIMBRA, Luiz Fernando Santos Lippi. O marco civil e a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por atos ilícitos de terceiros. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, v. 1, n. 3, p. 999-1022, 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0999_1022.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017.
- COLAÇO, Hian Silva. Responsabilidade civil dos provedores de internet: dialogo entre a jurisprudência e o marco civil da internet. *Revista dos Tribunais*, v. 957, p. 109-134, jul. 2015.
- CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por tercei-

- ros: antes e pós-marco civil da internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 185-231, mai./jun. 2015.
- _____ et al. Um estudo do caso Xuxa vs. Google Search (REsp 1.316.921); o direito ao esquecimento na internet e o STJ. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, p. 335-355, jan./jun. 2014.
- DELPECH, Horacio Fernández. *Internet: su problemática jurídica*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Aprontamentos para uma teoria geral da responsabilidade civil no Brasil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 45-71.
- FACEBOOK. Declaração de direitos e responsabilidades. 2015. Disponível em: <<https://www.facebook.com/legal/terms>>. Acesso em 18 fev. 2017.
- FAHIMY, Geelan. Liable for your lies: misrepresentation law as a mechanism for regulating behavior on social networking sites. *Pep- perdine Law Review*, Malibu, v. 39, n. 2, jan. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/HhP96J>>. Acesso em: 18 fev. 2017.
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. Responsabilidade por danos e a superação da ideia da responsabilidade civil: reflexões. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 211-227.
- GANS, Joshua S. Weak versus strong net neutrality. *Journal of Regulatory Economics*, v. 47, n. 2, p. 183-200, dez. 2014.
- GARCIA, Rebeca. Marco civil da internet no Brasil: repercussões e perspectivas. *Revista dos Tribunais*, v. 964, p. 161-190, fev. 2016.
- GEORGE, Carlise; SCERRI, Jackie. Web 2.0 and user-generated content: legal challenges in the new frontier. *Journal of Information, Law & Technology*, Coventry, v. 2007, n. 2, 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/8JDScg>>. Acesso em: 05/01/2017.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na Lei n. 12.965/14 (Marco Civil da Internet). In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: marco civil da internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 307-320.

GRIMMELMANN, James. Speech Engines. *Minnesota Law Review*, v. 98, p. 868-952, 2014.

_____. Don't Censor Search. *The Yale Law Journal Pocket Part*, v. 117, p. 48-52, 2007.

HEALD, Paul. How notice-and-takedown regimes create markets for music on YouTube: an empirical study. *UMKC Law Review*, v. 83, n. 2, p. 313-328, 2014.

HIJMANS, Hielke. *The European Union as guardian of internet privacy: the story of Art. 16 TFEU*. Bruxelas: Springer, 2016. 604 p.

HIRATA, Alessandro. Internetrecht: aspectos de direito comparado alemão. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: marco civil da internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 609-618.

LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. *Revista do Advogado*, Ano XXXII, n. 115, abr/2012, p. 99-113.

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

_____. Responsabilidade dos provedores de serviços de Internet por atos de terceiros. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel Jorge Pereira (Orgs.). *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Sairava, 2012. 402 p.

- LI, Jeffrey Chien-Fei. Internet Control or Censorship? Comparing models of China Singapore, and the United States to guide Taiwan's choice. *Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy*, v. XIV, p. 1-43, 2013.
- LIMBERGER, Têmis. Direito e Informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 195-226.
- LONGHI, João Victor Rozatti. Marco civil da Internet no Brasil: breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito privado e internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 109-146.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. La responsabilidad de los buscadores de internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: marco civil da internet (Lei n. 12.965/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 557-567.
- LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2001.
- LUCCHI, Nicola. *The impact of science and technology on the rights of the individual*. Viena: Springer, 2016. 212 p.
- MARTINS, Guilherme Magalhães. A atualização do CDC e a regulamentação do comércio eletrônico: avanços e perspectivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 95, p. 255-287, set./out. 2014.
- _____. Contratos conexos de consumo na internet: fornecedores de intermediação e sites de compras coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 22, n. 85, p. 177-206, jan./fev. 2013
- _____. (Coord.). *Direito privado e internet*. São Paulo: Atlas, 2014. 535 p.
- _____. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet*.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 397 p.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 447 p.

_____; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais; responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 78, p. 191-220, abr./jun. 2011.

_____. Responsabilidade civil do provedor de internet. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 337-363.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, mar. 2005.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.

MIRAGEM, Bruno. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre provedores de conteúdo da internet e seus consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 79, p. 407-433, 2011.

_____. *Direito civil: direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2017. 728 p.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. 876 p.

_____. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor; desafios atuais da regulação jurídica da internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 70, p. 41-92, abr./jun. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*

- *RTDC*, v. 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004.
- NETTO, Antonio Joaquim Fernandes. Responsabilidade do provedor de internet. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 2, p. 551-561, mar. 1998.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Aspectos principais da Lei 12.965-2014, o marco civil da internet: subsídios à comunidade jurídica. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, p. 271-289, jan./jun. 2014.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Gustavo Tepedino. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 440 p.
- PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na Internet*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 6. ed. Ver., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2016. 781 p.
- _____; SLEIMAN, Cristina Moraes. *Tudo o que você precisa saber sobre direito digital no dia a dia*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PIRES, Fernanda Ivo. *Honeste vivere*: princípio inspirador da responsabilidade civil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 35-44.
- PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade em ambiente da internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords.). *Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2000. p. 155-176.
- PORTUGAL, José Henrique. Introdução ao Marco Civil: histórico, objetivos práticos, aspectos técnicos e neutralidade de rede. In: SCHAAL, Flavia Mansur Murad (Coord.). *Propriedade Intelectual*,

Internet e o Marco Civil. São Paulo: Edipro, 2016. p. 9-24.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Responsabilidade civil por publicações na internet*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIBEIRO, Samantha S. Moura. *Democracy after the internet: Brazil between facts, norms, and code*. Berlim: Springer, 2016. 230 p.

RICBOURG-ATTAL, Elise. *La responsabilité civile des acteurs de l'internet: du fait de la mise en ligne de contenus illicites*. Bruxelas: Larcier, 2014. 414 p.

RODAS, Sergio. Rede social deve responder objetivamente por conteúdo ofensivo diz professor. *Consultor Jurídico*. 12 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-12/redes-sociais-responder-objetivamente-teor-ofensivo-professor>> Acesso em: 18 mar. 2017.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Org., seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Cunha. Informática e reserva da vida privada. In: Congresso Internacional de Comunicação e Defesa do Consumidor, 1996, Coimbra. *Anais...* Coimbra: Faculdade de Direito, 1996.

RUSTAD, Michael L.; KOENIG, Thomas H. Rebooting cybertort law. *Washington Law Review*, Seattle, v. 80, p. 335-416, 2005.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. Responsabilidade objetiva e oscilações jurisprudenciais. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 261-271.

SANTOS, Sinval dos. *Segurança na era digital*. São Paulo: All Print, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retro-

cesso? A responsabilidade civil por dano derivado de conteúdo gerado por terceiro. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.) *Direito & Internet III – Tomo II: marco civil da internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 277-306.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação a diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990. 798 p.

SILVA, Michael César; CARVALHO, Lucas Magalhães de Oliveira; SILVA, Samuel Vinícius da. Responsabilidade civil e tabaco. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 501-513.

SLEIMAN, Cristina M. Utilização das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação no Senac São Paulo. *4ª Conferência Ibero-Americana em Sistemas, Cibernética e Informática*, 2005, Orlando/FL.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). *Direito & Internet III – Tomo II: marco civil da internet* (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 377-408.

_____. Responsabilidade civil dos provedores de internet: uma década à procura de regulação. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 143-170.

_____; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet: construção e aplicação*. Juiz de Fora: Editar, 2016. 153 p.

STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris: L. Rodstein, 1947. 503 p.

- TAVEIRA JR., Fernando. Ponderações acerca da responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet por atos de terceiros. *Revista dos Tribunais*, v. 942, p. 71, abr. 2014.
- TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Responsabilidade civil e liberdade de expressão no marco civil da internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. *Revista de Direito Privado*, v. 63, p. 59-83, jun./set. 2015.
- TEIXEIRA NETO, Felipe. Responsabilidade civil agravada pelo risco/perigo da atividade: um diálogo entre os sistemas jurídicos italiano e brasileiro. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 163-171.
- UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression – A/HRC/17/27*. New York, 2011. 22 p. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade civil: questões atuais. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 27-33.
- VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. Breves notas sobre a análise econômica da responsabilidade civil. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 73-83.
- _____. *Responsabilidade Civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. 400 p.
- VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 192 p.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité*. 3. ed. Paris: LGDJ, 2008. 693 p.

WAGNER, Ben. *Global free expression: governing the boundaries of internet content*. Berlin: Springer, 2016. 197 p.

XYOL Y FERREIRA, Elaine Cristina. Consentimento dos conectados: a luta mundial pela internet livre. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, v. 5, n. 1, p. 175-182, 2013.

b) Jurisprudência

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *AgInt no AgInt no AREsp 956.396/MG*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 17 de outubro de 2017.

_____. *AgInt no AREsp 622.688/SP*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 20 de setembro de 2016.

_____. *AgInt no AREsp 879.704/SP*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 22 de agosto de 2017.

_____. *AgInt no REsp 1.593.873/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 10 de novembro de 2016.

_____. *AgInt no REsp 1.599.054/RJ*. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 25 de abril de 2017;

_____. *AgRg no AREsp 12.347/RO*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 24 de setembro de 2013.

_____. *AgRg no AREsp 123.013/SP*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 27 de outubro de 2015.

_____. *AgRg no AREsp 137.944/RS*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira Brasília, 21 de março de 2013.

_____. *AgRg no AREsp 230.095/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 06 de agosto de 2013.

- _____. *AgRg no AREsp 240.713/MG*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 17 de setembro de 2013.
- _____. *AgRg no AREsp 305.681/RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 04 de setembro de 2014.
- _____. *AgRg no AREsp 308.163/RS*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 14 de maio de 2013.
- _____. *AgRg no AREsp 479.351/SP*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 24 de abril de 2014.
- _____. *AgRg no AREsp 495.503/RS*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 26 de maio de 2015.
- _____. *AgRg no AREsp 577.704/SP*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 03 de fevereiro de 2015.
- _____. *AgRg no AREsp 642.400/PR*. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 12 de maio de 2015.
- _____. *AgRg no AREsp 681.413/PR*. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 08 de março de 2016.
- _____. *AgRg no AREsp 89.372/PR*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 18 de agosto de 2015.
- _____. *AgRg no REsp 1.285.756/MG*. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 08 de maio de 2014.
- _____. *AgRg no REsp 1.309.891/MG*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 26 de junho de 2012.
- _____. *AgRg no REsp 1.325.220/MG*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 18 de junho de 2013.
- _____. *AgRg no REsp 1.384.340/DF*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 05 de maio de 2015.
- _____. *AgRg no REsp 1.395.768/RJ*. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 22 de abril de 2014.

- _____. *AgRg no REsp 1.395.803/RJ*. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 06 de maio de 2014.
- _____. *AgRg no REsp 1.396.963/RS*. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 08 de maio de 2014.
- _____. *AgRg no REsp 1.402.104/RJ*. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 27 de maio de 2014.
- _____. *AgRg no REsp 627.397/SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 19 de setembro de 2017.
- _____. *AgRg nos EDcl no REsp 1.284.096/MG*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 10 de dezembro de 2013.
- _____. *Rcl 5.072/AC*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Relatora p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 11 de dezembro de 2013.
- _____. *REsp 1.175.675/RS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 09 de agosto de 2011.
- _____. *REsp 1.186.616/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 23 de agosto de 2011.
- _____. *REsp 1.192.208/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 de junho de 2012.
- _____. *REsp 1.193.764/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 14 de dezembro de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000845120&dt>>. Acesso em: 10 fev. 2017.
- _____. *REsp 1.274.971/RS*. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 19 de março de 2015;
- _____. *REsp 1.300.161/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2012.
- _____. *REsp 1.306.066/MT*. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 17 de abril de 2012.

- _____. *REsp 1.306.157/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 17 de dezembro de 2013.
- _____. *REsp 1.308.830/RS*. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 8 de maio de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201102574345&dt_publicacao=19/06/2012>. Acesso em: 10 jan. 2016.
- _____. *REsp 1.316.921/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 26 de junho de 2012.
- _____. *REsp 1.323.754/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2012.
- _____. *REsp 1.328.706/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 15 de outubro de 2013.
- _____. *REsp 1.337.990/SP*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 21 de agosto de 2014.
- _____. *REsp 1.338.214/MT*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 de novembro de 2013.
- _____. *REsp 1.342.640/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 07 de fevereiro de 2017.
- _____. *REsp 1.352.053/AL*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 24 de março de 2015.
- _____. *REsp 1.396.417/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 07 de novembro de 2013.
- _____. *REsp 1.398.985/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 fevereiro de 2013.
- _____. *REsp 1.403.749/GO*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 22 de outubro de 2013.
- _____. *REsp 1.406.448/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 15 de outubro de 2013.

- _____. *REsp 1.407.271/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 21 de novembro de 2013;
- _____. *REsp 1.417.641/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 25 de fevereiro de 2014.
- _____. *REsp 1.501.187/RJ*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 16 de dezembro de 2014.
- _____. *REsp 1.531.653/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de junho de 2017.
- _____. *REsp 1.568.935/RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 05 de abril de 2016;
- _____. *REsp 1.582.981/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 10 de maio de 2016.
- _____. *REsp 1.629.255/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 22 de agosto de 2017;
- _____. *REsp 1.641.133/MG*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 20 de junho de 2017.
- _____. *REsp 1.641.155/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de junho de 2017.
- _____. *REsp 1.642.560/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Relatora p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 de setembro de 2017.
- _____. *REsp 1.642.997/RJ*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 12 de setembro de 2017;
- _____. *REsp 1.512.647/MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 13 de maio de 2015.
- _____. *REsp 331.182/SE*. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, 03 de setembro de 2002.

_____. *REsp 566.468/RJ*. Relator: Ministro Jorge Scartezini. Brasília, 23 de novembro de 2004.

_____. *REsp 997.993/MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 21 de junho de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA – TJSC. AC 0021303-71.2007.8.24.0005. Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista. Florianópolis, 26 de outubro de 2017.

_____. *AC n. 2012.009009-9*. Relator: Desembargador Saul Steil. Florianópolis, 29 de maio de 2012.

_____. *Recurso Inominado 0000178-10.2012.8.24.0090*. Relatora: Desembargador Rudson Marcos. Florianópolis, 28 de abril de 2016.

_____. *Recurso Inominado 0705193-23.2012.8.24.0023*. Relator: Desembargador Marcelo Carlin. Florianópolis, 10 de novembro de 2016.

_____. *Recurso Inominado 2014.101100-7*. Relator: Desembargador Davidson Jahn Mello. Florianópolis, 11 de dezembro de 2014.

_____. *Recurso Inominado 2014.300588-6*. Relator: Desembargador Gustavo Emelau Marchiori. Florianópolis, 06 de fevereiro de 2015;