

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

LARISSA MARIA DE MORAES LEAL

ROBERTO SENISE LISBOA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Larissa Maria de Moraes Leal; Roberto Senise Lisboa – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-593-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Esta coletânea reúne artigos científicos que, por conexão das matérias, foram divididos em quatro grupos.

Inicialmente, o Grupo de Trabalho em Direito Civil Contemporâneo apresenta três artigos que tratam, de modo direto, da temática que é o atual pano de fundo de boa parte das chamadas transformações do direito: a sociedade da informação. A prática de "sharenting", a preocupação com a privacidade na era do Big Data e as discussões mais recentes sobre o Marco Civil da Internet e suas implicações conformam esse grupo de abertura.

No segundo grupo, a obra traz questões que vão resgatar discussões jurídicas, como a dicotomia público-privado (aqui, com especial destaque para a função social da propriedade) e as múltiplas faces que a responsabilidade civil tem apresentado como desafios no campo das obrigações. Da proposta de uma responsabilidade civil imputada sem a comprovação, ou mesmo a existência de dano, até as questões de reparação "in natura" nos casos de danos ambientais, os artigos aprovados estão em sintonia com os debates postos na academia e instigam o leitor à tomada de decisão opinativa.

No terceiro conjunto de artigos são tratadas questões de família e a propriedade, ou não, de regulação dessas questões pelo direito. O resgate de perspectivas históricas, feito na maioria dos artigos deste grupo, ressalta a metodologia de trabalho do direito civil contemporâneo e oferece densidade aos textos, também provocativos e de inegável atualidade.

Por fim, no quarto grupo, a obra oferece dois artigos que ocupam-se em investigar interessantes questões acerca da atividade notarial e de registro no Brasil: a relevância da atividade notarial para a garantia da dignidade da pessoa humana e o registro de negócio jurídico anulável, como forma de garantir direitos.

A obra encontra conexão entre todos os escritos.

Na urgência dos temas tratados e na metodologia aplicada por seus autores, a coletânea justifica-se e, ao mesmo tempo, qualifica-se no âmbito da pesquisa jurídica de qualidade.

Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal - UFPE

Prof. Dr.Roberto Senise Lisboa - FMU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

“NOTICE AND TAKE DOWN”: A DICOTOMIA ENTRE OS DIREITOS AUTORAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA APLICAÇÃO DO ART. 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET

"NOTICE AND TAKE DOWN": THE DICOTOMY BETWEEN COPYRIGHT AND THE RIGHTS OF PERSONALITY IN THE APPLICATION OF ART. 19 OF THE INTERNET CIVIL FRAMEWORK LAW

**Ricardo Duarte Guimarães
Josinaldo Leal De Oliveira**

Resumo

Este artigo visa analisar o Marco Civil da Internet no que cerne a responsabilidade dos provedores de internet pela publicação de conteúdo ilícito por terceiros, tendo em vista a proteção dos direitos autorais e dos direitos da personalidade. Abordando-se o sistema jurídico brasileiro elencar-se-ão aspectos da Lei 9610/1998 (Lei de Direito Autoral) e da responsabilidade civil consubstanciada na Lei 10406/2002 (Código Civil). Será estudado, principalmente, o modo como a questão em tela vem sendo tratada pela doutrina especializada e pela jurisprudência pátria, buscando-se uma solução para o equilíbrio entre os institutos envolvidos.

Palavras-chave: Provedores de internet, Responsabilidade, Liberdade de expressão, Direitos da personalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims at analyzing the Civil Internet Law as it relates to the responsibility of internet providers for the publication of illegal content by third parties, with a view to the protection of copyright and personal rights. Approaching the Brazilian legal system will be listed aspects of Law 9610/1998 (Law of Copyright) and civil liability embodied in Law 10406/2002 (Civil Code). It will be studied, mainly, the way in which the question on canvas has been dealt with by the specialized doctrine and by the jurisprudence of the country, seeking a solution for the balance between the institutes involved.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Internet providers, Liability, Freedom of expression, Personal rights

1. INTRODUÇÃO

O advento da “Era Digital” oriunda do desenvolvimento tecnológico do mundo contemporâneo, fez surgir, no âmbito do Direito Autoral e dos Direitos da Personalidade, muitas discussões acerca da publicação de conteúdo sobre pessoas e sobre obras intelectuais sem autorização dos autores na internet, o que justifica o estudo proposto neste artigo.

Sobre o tema, aplicam-se, de forma específica, as legislações infraconstitucionais atinentes às matérias: o Código Civil, a Lei de Direitos Autorais e o Marco Civil da Internet. Porém, a regulamentação dada por esta última lei, que entrou em vigor em 2015, vem sendo bastante discutida e questionada em diversos pontos, principalmente no que diz respeito à responsabilidade dos provedores de conteúdo disposta no art. 19 da referida legislação pátria.

Verifica-se uma possível inconstitucionalidade do referido dispositivo, pelo privilégio exacerbado que dá à liberdade de expressão, em detrimento dos direitos da personalidade, tratando de forma (inexplicavelmente) diferenciada (§ 2º do art. 19) os direitos autorais (que em seu aspecto moral, se revelam verdadeiros direitos da personalidade), sendo que ambos devem ser observados e protegidos sob a ótica da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, a responsabilidade dos provedores de internet, em relação aos conteúdos publicados por terceiros (usuários), deve ser analisada em acordo com a Constituição, pois ficam em entrave três preceitos fundamentais, quais sejam, os direitos autorais, os direitos da personalidade e a liberdade de expressão.

É nessa dicotomia, entre preceitos fundamentais, que devemos ponderar sobre a responsabilização dos provedores de conteúdo na no que tange às publicações advindas de terceiros. Indaga-se: o controle prévio, através de notificação extrajudicial (“*notice and take down*”), de conteúdo protegido por direitos da personalidade viola a liberdade de expressão? Caso positivo, há motivo suficiente para diferenciação de tratamento em relação aos direitos autorais?

São questionamentos que devem ser analisados com cautela, pois tratam de direitos relevantes ao desenvolvimento dos indivíduos e da própria sociedade. Por isso serão apontados, através da consulta em livros, periódicos e sites, diferentes entendimentos doutrinários que cercam o tema em baila, a jurisprudência pátria e a legislação atinente à matéria, já citada.

Assim, o objetivo principal deste trabalho é traçar possível solução para a equidade dos institutos envolvidos (supramencionados), buscando superar, tanto do ponto de vista

jurídico quanto do ponto de vista cultural, as controvérsias (acerca do tema em pauta) que circundam o art. 19 da Lei nº 12.965/2014 (MCI - Marco Civil da Internet).

Inicialmente, abordar-se-ão os aspectos conceituais e estruturais dos direitos autorais e dos direitos da personalidade. Em seguida, será apresentado o desenvolvimento da rede mundial de computadores e consequentes violações aos direitos da personalidade. E, em último tópico de desenvolvimento, será verificada a responsabilidade civil dos provedores da internet por conteúdo gerado por terceiros.

Por fim, será constatado que é possível, na atual conjuntura jurídica e social do país, além das sanções penais e civis, a utilização de instrumentos para proteção extrajudicial dos direitos da personalidade sob o viés preventivo (e consequente responsabilidade dos provedores que, após notificação, não “apagam” o conteúdo) assim como ocorre com os direitos autorais, especialmente quando houver flagrante violação à imagem, honra, privacidade e intimidade, tendo em vista, principalmente, a extensão dos danos que poderão ser causados na prática do ato supostamente ilícito e a (im)possibilidade de efetiva reparação.

2. OS DIREITOS AUTORAIS E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Direito de Autor é direito fundamental garantido na Constituição Federal de 1988. De forma clara o art. 5º, inciso XXVII, prevê: “*aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.*” E prevê, ainda, o inciso XXVIII, alínea “b”, do mesmo artigo: “*o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.*”

Com efeito, Manoel J. Pereira dos Santos aduz, propriamente, que há inevitável interface entre a “liberdade de criar” e o direito de autor, que se confundem sob o enfoque dos direitos fundamentais.¹

A segurança jurídica dos direitos autorais, devido à importância da matéria, está na regulamentação de lei ordinária específica, qual seja, a Lei nº 9.610/98 (LDA - Lei de Direito Autoral).

Diferentemente dos sistemas jurídicos do direito anglo-americano, baseados na *Common Law* (em linhas gerais, nos costumes e precedentes), o Direito brasileiro deriva do Direito romano-germânico, calcado no sistema da *Civil Law*, ou seja, trata-se de um

¹ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Direito de autor e liberdade de expressão. In: _____ (Coord). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 131.

ordenamento codificado, que segue uma lógica típica, tendo como fonte primária a lei. Esta herança do sistema brasileiro é oriunda da colonização portuguesa e, por isso, na sistemática nacional, as normas relativas aos direitos autorais estão amplamente dispostas em lei específica.

A antiga LDA (Lei nº 5.988/73) refletiu a tendência do Direito Autoral Internacional, delineado pela Convenção de Berna e suas revisões. Já a atual Lei nº 9.610/98, editada após o Brasil instituir a democrática Constituição Federal de 1988, refletiu o fortalecimento dos direitos autorais frente aos avanços tecnológicos, e a consolidação dos tratados internacionais que foram ratificados.

Fazendo uma relação com os Direitos da Personalidade, Silmara Chinellato aduz que o Direito de Autor:

É o ramo do Direito privado, com autonomia científica, que tutela as criações intelectuais, dotadas de certa originalidade e individualidade, exteriorizadas em suporte tangível ou intangível, compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências, abrangendo direitos morais, ligados à personalidade do autor, e direitos patrimoniais relativos à exploração econômica da obra.²

Percebe-se, pois, a caracterização desse direito como efetivo direito da personalidade no que diz respeito aos seus aspectos morais, havendo, outrossim, legítimo exercício positivo quanto aos aspectos patrimoniais, relativos à exploração econômica das obras criadas pelos autores. Os direitos morais e patrimoniais de autor estão dispostos, principalmente, nos artigos 22, 24, 28 e 29 da Lei nº 9.610/98.³

² CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos fundamentais para a proteção autoral de obras literárias, artísticas e científicas. Peculiaridades da obra de artes plásticas. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Orgs.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 297. O conceito foi trazido por Chinellato a partir de sua Tese para Professor(a) Titular do curso de Direito Civil da USP: *Direito de autor e direitos de personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese (Professor Titular de Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 25, No prelo (Editora Manole).

³ Art. 22. *Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou. Art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades [...].*

Segundo Chinellato, “a principal característica do Direito de Autor é ser composto por direitos morais – cuja natureza jurídica é a de direitos da personalidade [...] e direitos patrimoniais.”⁴

E, corroborando com este posicionamento, Rodrigo Moraes afirma que a repersonalização pela qual passou o Direito Civil – no âmbito, claro, dos Direitos da Personalidade – contagiou o Direito Autoral, que também precisa ser interpretado à luz da CF de 1988.⁵

Está é, pois, a direta relação entre os direitos autorais e os direitos da personalidade no ordenamento jurídico pátrio. Conforme leciona o auralista José Carlos Costa Netto, somente após o entendimento sobre os Direitos da Personalidade é que “podemos chegar à compreensão do fundamento da propriedade intelectual ou “direitos intelectuais” ou, ainda, como consignado na legislação brasileira, ‘direitos autorais’.”⁶

Pois bem. A Constituição da República, no inciso X do seu art. 5º, prevê a inviolabilidade da *intimidade, vida privada, honra e imagem dos indivíduos*. Esta garantia consolidou os direitos da personalidade como direitos fundamentais, sendo estes caracterizados pela doutrina como “inatos, intransmissíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, extrapatrimoniais, vitalícios, necessários ou indispensáveis, oponíveis *erga omnes*, e relativamente disponíveis.”⁷

Os direitos da personalidade foram concebidos com base na proteção da Dignidade da Pessoa Humana. Não à toa, o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil do CJF dispôs que “os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana).”

Tem-se, pois, que os direitos da personalidade constantes no rol do Código Civil e da Constituição Federal não se esgotam *per se*, e seu(s) objeto(s) se amplia(m) com o passar do tempo. As próprias classificações adotadas pela doutrina brasileira não se limitam aos direitos expressos na legislação, extrapolando, ainda que através de desdobramentos, as listas previstas no art. 5º da CF e entre os artigos 11 e 21 do CC/2002. E isto acontece, segundo Roxana Borges, porque “para a efetiva proteção dos direitos de personalidade, é preciso

⁴ Op. Cit., p. 307.

⁵ MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 48.

⁶ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: FTD, 2008, p.20.

⁷ AGUIAR, Mônica. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67.

garantir uma interpretação do direito que o considere um instrumento versátil e flexível, capaz de se adaptar às novas circunstâncias que surgem a cada dia na sociedade.”⁸

Vale ressaltar a característica mencionada dos direitos da personalidade, no que tange ao seu caráter extrapatrimonial. Os direitos da personalidade, quando lesados, são irreparáveis em sua integralidade e, por isso, se diz que, ao invés de haver uma restituição, há, na verdade, uma compensação pecuniária. Os direitos da personalidade, então, colocados como direitos extrapatrimoniais que ensejam dano moral em caso de violação, possuem valores irredutíveis à pecúnia.

É nesse contexto que a Lei Federal nº 10.406/2002 (Código Civil) dispõe em seus arts. 20 e 21 a tutela de alguns dos direitos da personalidade:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Na lição do jurista italiano Adriano De Cupis, a honra é a dignidade da pessoa que se reflete no seu próprio sentimento e na concepção das outras pessoas.⁹

Percebem-se, logo, duas “vias” desse direito: objetiva e subjetiva. O reconhecimento do direito à honra se caracteriza pela proteção da honra objetiva: reputação da pessoa, que compreende o bom nome e a fama perante a coletividade (no ambiente familiar, profissional, comercial etc.); e da honra subjetiva: sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade.¹⁰

⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 28.

⁹ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 111-112.

¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 129.

Na lição de Anderson Schreiber, no âmbito do direito penal, a honra objetiva está associada aos crimes de calúnia e difamação (artigos 138 e 139 do Código Penal), enquanto a honra subjetiva está ligada ao crime de injúria (art. 140 do CP).¹¹

Já em relação ao direito à imagem, a CF de 1988, além de proteger a inviolabilidade da imagem das pessoas no inciso X do seu art. 5º, assegurou, no inciso XXVIII, *a*, e no inciso V, do mesmo artigo, “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas” e o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, respectivamente.

Assim, o “direito à própria imagem”¹², como direito fundamental, se refere aos aspectos da individualidade, identidade e reconhecimento da pessoa, como elo da realidade jurídica da imagem humana, posto que este direito somente existe se a representação visível de um indivíduo pode ser atribuída a um sujeito concreto. Neste certame, Aguiar faz a seguinte observação:

A imagem, aqui, deve ser entendida não somente como a representação de uma pessoa, mas, também, como a forma pela qual ela é vista pela coletividade. Compreende-se nesse conceito, não apenas o semblante do indivíduo, mas partes distintas do seu corpo, sua própria voz, enfim, quaisquer sinais pessoais de natureza física pelos quais possa ser ela reconhecida.¹³

Antonio Chaves completa: “No sentido comum, é a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme etc., [...] da pessoa humana. [...] Muito embora podemos considerar como imagem a reprodução de um pé, um braço, uma mão, um busto, não somente, pois, da pessoa humana inteira”.¹⁴

E no que tange à privacidade e à intimidade, segundo Silmara Chinellato, tais institutos não possuem o mesmo significado: “Aquele tem âmbito maior, que contém a intimidade, ou seja, vida privada e intimidade podem ser consideradas círculos concêntricos.

¹¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 74. “Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa; Art. 139 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa; Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa”.

¹² Termo adotado por Mônica Aguiar e Antônio Chaves.

¹³ Op. Cit., p. 17.

¹⁴ CHAVES, Antônio. Direito à própria imagem. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 9, n. 34, p. 23-42, abr./jun. 1972. p. 23-24.

[...] Quem está autorizado a ter acesso à vida privada de alguém não está, automaticamente, autorizado a tê-lo quanto à intimidade do mesmo titular”.¹⁵

Mônica Aguiar define que o direito à vida privada é “o direito que tem cada indivíduo de excluir do conhecimento público fatos que denotem preferências e outros dados que a pessoa julgue devam ser subtraídos dessa esfera de informação.”¹⁶

E são diversos os bens jurídicos protegidos pelo direito à intimidade, mas todos têm como essência, em suma, fatos ou informações que possuem um caráter de exclusividade, de conhecimento, unicamente, da própria pessoa, que ocorrem em âmbito particular ou que são produzidas unilateralmente e que são (ou não) compartilhadas apenas com as pessoas que convivem intimamente com ela (geralmente os familiares mais próximos e amigos íntimos) e, às vezes, com alguns tipos de profissionais, específicos, como médico, psicólogo e advogado.

Ademais, o art. 12 da lei cível, em consonância com o inciso XXXV do art. 5º da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), prevê a possibilidade de se cessar ameaça de lesão aos direitos da personalidade.

É nesse contexto, portanto, de efetiva proteção dos direitos da personalidade e dos direitos autorais, tendo a dignidade da pessoa humana como princípio basilar, especialmente no que diz respeito à honra, imagem, vida privada, intimidade das pessoas e os direitos morais de autor, que nasce a percepção sobre a relativização do art. 19 do Marco Civil da Internet.

3. O DESENVOLVIMENTO DA INTERNET E A CONSTANTE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA “REDE”

Antes de se adentrar à análise do art. 19 do MCI, cumpre tecer algumas considerações sobre a proteção dos direitos da personalidade na Internet, traçando panorama sobre o meio virtual e a circulação de conteúdos e informações na “rede”.

O surgimento da Internet é, sem dúvida, o grande marco do desenvolvimento tecnológico da sociedade contemporânea, e contribuiu de forma significativa para a propagação do exercício da liberdade de expressão e garantia dos direitos de acesso à cultura e à informação. Por outro viés, a disseminação de arquivos pessoais e dos mais diversos tipos de informações e conteúdos na “rede” passou a contribuir com o aumento da violação aos direitos da personalidade dos indivíduos, a exemplo dos crimes contra a honra.

¹⁵ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7. ed. São Paulo: Manole, 2014, p. 54.

¹⁶ Op. Cit., p. 31.

Os provedores de aplicações da Internet, ou provedores de serviços e conteúdos, são responsáveis pela disponibilização de conteúdos na *Web* e, na maior parte dos casos, faz controle editorial sobre as informações que divulga, escolhendo o teor do que é publicado.¹⁷

Desse modo, é possível aferir que os Provedores de Aplicações da Internet são “culpados” pelo desenvolvimento da *Web 2.0* (uma nova forma de se “encarar” a *Web*), principalmente através das Redes Sociais¹⁸, que, ao mesmo tempo, fez surgir, para os provedores, uma nova forma de arrecadar dinheiro através do acesso dos usuários aos conteúdos (lícitos e ilícitos) e da comercialização de espaços para publicidade.¹⁹

Ocorre que, conforme Patrícia Peck alerta, quando “o próprio internauta gera, manuseia, edita o conteúdo, tem que se ter todo o cuidado para que isso não promova a prática de ofensas digitais, em que os crimes contra a honra são os mais comuns (difamação, calúnia e injúria), bem como o uso não autorizado de imagem de pessoas”.²⁰

Dessa forma, uma das principais questões que envolvem o direito civil na contemporaneidade está consubstanciada, justamente, na colisão entre os direitos da personalidade e a liberdade de expressão na Internet.

Inúmeros são os casos de difamação, calúnia e injúria na rede mundial de computadores, além da utilização indevida (desautorizada) de imagem e violação à privacidade e à intimidade das pessoas. Tais ilicitudes se agravam na “rede”, pois são perpetuadas com extrema velocidade, sendo praticamente impossível constatar os seus alcances e, conseqüentemente, removê-las por completo, impedindo o acesso pelos usuários.

Seguindo esta linha de pensamento, observa Peck:

Como sabemos, o efeito de um conteúdo mentiroso ou calunioso na Internet pode ser muito mais devastador do que em qualquer outro veículo. Mesmo que uma notícia falsa possa ser rapidamente apagada de um *site*, por exemplo, ela já pode ter sido copiada inúmeras vezes e disponibilizada em muitas outras páginas. Assim como é difícil valorar um conteúdo virtual, é igualmente difícil valorar o tamanho do dano causado por um conteúdo quando passa uma informação errada, calúnia, ou

¹⁷ LEONARDI, Marcel. Internet: Elementos Fundamentais. In: *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação*. Manoel J. Pereira dos Santos e Regina Beatriz Tavares da Silva, coordenadores. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 60.

¹⁸ Espécie de estrutura *on-line* composta por pessoas ou organizações, conectadas “entre si”, que compartilham conteúdos e informações por algum tipo de relação que possuem ou que se vinculam. O maior exemplo de rede social na atualidade é o *Facebook*, criado por *Mark Zuckerberg*.

¹⁹ O MySpace foi vendido, em 2005, por 580 milhões de dólares. O YouTube foi negociado por 1,65 bilhão de dólares. O Kazaa, em 2010, fez acordo judicial de 115 milhões de dólares. MORAES, Rodrigo. “Generosidade Intelectual”: a despistadora ideologia da *Web 2.0*. *Revista da ABPI*, n.117, Mar/Abr de 2012, p. 40-52. E o Whatsapp, em 2014, foi adquirido pelo Facebook pela bagatela de 22 bilhões de dólares. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/10/preco-de-compra-do-whatsapp-pelo-facebook-sobe-us-22-bilhoes.html>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

²⁰ *Ibid.*, p. 368.

manifesto contra determinada empresa. Ou seja, é praticamente impossível mensurar a extensão do dano;²¹

Exemplo de grave violação à intimidade na Internet foi o caso “Carolina Dieckmann”, que culminou na criação, na seara penal, da Lei nº 12.737/2012, que tipificou criminalmente delitos informáticos.²² Em 2011, ao colocar seu computador para conserto, a atriz foi chantageada para que suas fotos íntimas, em que se encontrava nua (contidas no aparelho), não fossem divulgadas na Internet.²³ A atriz teve suas imagens disseminadas na rede mundial de computadores, o que culminou em comoção pública para criação de lei específica sobre este tipo de ilicitude no meio virtual.

Em um cenário ainda mais atual, são constantemente noticiados casos de violação à intimidade e à imagem das pessoas na utilização de aplicativos de celulares, principalmente do *WhatsApp*²⁴. Infelizmente, hoje, diversos jovens sofrem com este tipo de exposição e acabam adquirindo doenças como depressão e, em alguns casos, até se suicidam.²⁵

Portanto, o que se vê na atual sociedade contemporânea é uma verdadeira gama de ilícitos que acabam decorrendo do exercício de direitos como a liberdade de expressão, em detrimento da proteção dos direitos da personalidade, bem como dos direitos autorais.

A *Web 2.0*²⁶ intensificou a ideia de dinamismo entre os usuários que, através de diversos serviços *online* (como as redes sociais), podem compartilhar a qualquer momento inúmeras informações interligando diversos tipos de conteúdos.

Desse modo, o Marco Civil da Internet propôs, de forma temerária, o fim (mas, em verdade, o começo) de uma grande discussão que vinha sendo amplamente debatida no meio jurídico, acadêmico, político e social: a responsabilidade civil dos provedores de internet pela publicação de conteúdo ilícito por terceiros (usuários).

²¹ PINHEIRO, 2013, p. 161.

²² Eis o art. 154-A do Código Penal, incluído pela Lei nº 12.737/2012: “Art. 154-A - Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.”

²³ AS FOTOS de Carolina Dieckmann nua: para entender o caso. *Folha de S. Paulo* São Paulo, 08 maio 2012. Para Entender Direito. Disponível em: <<http://direito.folha.uol.com.br/blog/as-fotos-de-carolina-dieckmann-nua-para-entender-os-crimes-do-caso>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

²⁴ Aplicativo para aparelho celular que permite troca de mensagens e compartilhamento de conteúdo *on-line*.

²⁵ OLIVEIRA, João Vítor. Após ‘bullyng’ com aluna, Justiça pede quebra de sigilo do WhatsApp. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 24 set. 2014. Tec. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/09/1522037-justica-determina-quebra-de-sigilo-do-whatsapp-apos-caso-de-montagens-pornos.shtml>>. Acesso em: 16 mar. 2018. Insta salientar que este aplicativo vem sendo rotineiramente bloqueado pela justiça brasileira, como forma de coagir o aplicativo a cumprir as decisões sobre a quebra de sigilo de conversa de pessoas que estão sendo investigadas, suspeitas de cometer crimes. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/05/por-que-juiz-pode-bloquear-whatsapp-no-brasil-veja-perguntas-e-respostas.html>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

²⁶ Conferir: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20173.shtml>

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES SOBRE OS DANOS DECORRENTES DE CONTEÚDO PUBLICADO POR TERCEIROS

Segundo o art. 29 da Lei de Direito Autoral é proibida a utilização desautorizada de obra intelectual por qualquer meio, inclusive, segundo o inciso X, em “quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas”. É proibida, pois, a utilização desautorizada de obra intelectual na internet.

Contudo, o ordenamento era omissivo no âmbito da responsabilidade civil dos provedores sobre os conteúdos ilícitos publicados no meio virtual. Desse modo, o judiciário vinha prolatando decisões contraditórias, por vezes condenando apenas o provedor de conteúdo, por vezes condenando apenas o usuário que realizou a publicação, por vezes condenando ambos. Tal fato gerava, inelutavelmente, insegurança jurídica.

Assim, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) passou a dispor no § 2º do seu art. 19:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 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.

Dessa forma, é possível aferir que, no campo dos direitos autorais (diferentemente de outros direitos da personalidade), o provedor, ao receber determinada notificação, na dúvida, para não correr o risco de responder pelo dano supostamente causado, sempre removerá o conteúdo supostamente ilícito.

A medida atualmente admitida, sem dúvidas, contempla os ditames do direito do autor. Ou seja, qualquer titular de obra protegida por direitos autorais, ao tomar conhecimento de publicação indevida no meio virtual, basta que notifique o provedor (site, rede social, portal) que (“apenas”) “expõe” o conteúdo para que este seja retirado da internet. Este é o entendimento, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça.

Não à toa, Patrícia Peck questiona e ensina:

Em outros termos, devem tais provedores responder por conteúdo do qual não tinham prévio conhecimento? Melhor dizendo, devem os responsáveis por tais provedores responder por atos ilícitos cometidos em seus domínios independente de culpa? Tais questões suscitam muitas dúvidas. Esperar, por exemplo, que a empresa Google monitore todos os vídeos postados em seu sítio eletrônico “youtube”, de maneira prévia, é tarefa hercúla e humanamente impossível. Contudo, ao ser comunicada, seja por uma autoridade, seja por um usuário, de que determinado vídeo/texto possui conteúdo eventualmente ofensivo e/ou ilícito, deve tal empresa agir de forma energética, retirando-o imediatamente do ar, sob pena de, daí sim, responder de forma solidária juntamente com o seu autor ante a omissão praticada (art. 186 do CC).²⁷

Atualmente, a Responsabilidade Civil prevista nos arts. 186 e 927 do Código Civil vem, de forma geral, em sede de direito de autor, sendo aplicada da maneira como expôs a autora: uma vez notificado (extrajudicialmente), o provedor tem o dever de retirar conteúdo (supostamente) ilícito do ar. Responde, somente, se não o fizer.

Ou seja, no que diz respeito aos direitos autorais, o sistema continua baseado em notificações extrajudiciais, tendo em vista o abarrotamento e demora do judiciário brasileiro em analisar as medidas liminares e do fato da “Indústira.com” faturar bilhões com publicidade a partir da exibição dos conteúdos publicados.

Ademais, os provedores não realizam cadastros idôneos de seus usuários. Neste diapasão, Patrícia Peck leciona que *“o cadastro é essencial para se saber a autoria, especialmente em caso de infração de direitos autorais, que pode ocorrer em hipótese de alguém escrever um conteúdo (ideia, texto, foto, imagem, música, outros). Logo, o que perguntar no cadastro faz toda diferença para blindagem jurídica do ambiente.”*²⁸

A falta de cadastro idôneo dificulta a identificação de quem realmente cometeu infração sobre os direitos da personalidade. Então, nada mais justo que os provedores, que não costumam realizar cadastro completo/efetivo (qualificação e envio de documentos) dos usuários, respondam civilmente por conteúdo supostamente ilícito publicado por terceiro (quando não tomam providência para retirada do conteúdo após notificação extrajudicial).

Todavia, o *caput* do art. 19 do MCI, inexplicavelmente, de forma equívoca, traz tratamento diferenciado para outros direitos da personalidade (imagem, honra, vida privada e intimidade). Em caso de (suposta) violação a tais direitos, o provedor de conteúdo somente é obrigado a retirar o conteúdo de circulação da internet (sob pena de incidir em responsabilidade civil) após decisão (liminar) judicial.

A partir de uma perspectiva de interpretação do referido dispositivo em acordo com a Constituição, e da percepção de que direitos (morais) de autor são direitos da personalidade,

²⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Dig... Op Cit*, p. 401.

²⁸ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Dig... Op Cit*, p. 361.

devendo, todos, receber idêntico tratamento, é preciso responsabilizar os provedores de aplicações da internet que não fazem a exclusão de conteúdo quando são notificados extrajudicialmente (“*notice and take down*”).

Esse é o posicionamento de Marco Aurélio Florêncio Filho:

Certamente, ao editar o art. 19 da Lei 12.965/2014, o legislador minimizou a aplicação da regra do *notice and take down*, pois o provedor agora só será responsabilizado civilmente se após decisão judicial específica não retirar o conteúdo da Internet. Ora, se após notificação extrajudicial do usuário o provedor tinha condições de retirar as informações da Internet, quando verificado dano aos direitos do usuário, e não fez, será que não deveria ser responsabilizado pelo dano ocasionado? Diante do art. 19 da Lei 12.965/2014, a resposta provisória seria não. Parece-nos, entretanto, que diante do sopesamento de princípios, dignidade da pessoa humana, privacidade, de um lado; e, de outro, a liberdade de expressão, o provedor de aplicações de Internet após ser notificado pelo usuário e verificado o dano não poderá se afastar da responsabilidade de indenizar, sob a alegação de que não havia ordem judicial para retirar o conteúdo da Internet. Essa seria a interpretação constitucional que melhor se adequaria ao princípio da proporcionalidade.²⁹

Esta linha de intelecto parece bastante razoável, tendo em vista o Princípio (constitucional) da Proporcionalidade e da Razoabilidade. O provedor de conteúdo, uma vez notificado (sobre suposta violação aos direitos da personalidade), assim como no âmbito dos direitos autorais, deve retirar o conteúdo da Rede, sob pena de ser responsabilizado pela continuidade da violação e, conseqüentemente, do dano.

Ora, este entendimento é totalmente condizente com a natureza dos direitos da personalidade e com a necessidade de proteção integral desses direitos, e pode (e deve) ser trazido e aplicado no mundo virtual, tendo em vista a facilidade de disseminação de conteúdo ilícito na internet.

É justamente devido à irreparabilidade dos direitos da personalidade que a seguinte regra, deve prevalecer: a liberdade de expressão deve ser limitada, prevalecendo os direitos da personalidade em sede de tutela (extrajudicial) preventiva e, em caso de abuso de direito por parte do suposto ofendido, o usuário que tiver sua manifestação de pensamento violada, poderá ser ressarcido pelos prejuízos da retirada de circulação e ter o conteúdo que veiculou devidamente publicado posteriormente na rede.

²⁹ FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no marco civil da internet. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Julizana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). *Marco Civil da Internet: Lei 12. 965/2014*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 36. O autor consubstancia seu entendimento em precedente do STJ, apresentando o seguinte julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1323754/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.8.2012.

Não faz sentido algum que a regra seja pautada em sentido contrário, uma vez que uma lesão aos direitos da personalidade pela divulgação de conteúdo ilícito gera danos irreparáveis, diferentemente de uma violação, por exemplo, à liberdade de expressão, que poderá ser facilmente reparada pelo pagamento de indenização por perdas e danos e pela (re)publicação do conteúdo que fora retirado de circulação da internet indevidamente.

A violação aos direitos da personalidade representa, primordialmente, ofensa à esfera moral do indivíduo (assim como a violação aos direitos autorais).

Apesar de existirem sanções específicas nas esferas criminal e civil no que tange a reparação e punição pela prática de ilícitos/delitos que atentam contra direitos da personalidade, a proteção efetiva destes tipos de direitos se dá, essencialmente, de forma plena, preventivamente, ou seja, através, principalmente, da inibição da prática do ilícito, o que deve se aplicar, diretamente, também, aos provedores de aplicações da internet.

5. CONCLUSÃO

O advento da Sociedade Digital fez surgir a necessidade de regulação de direitos no meio virtual, principalmente em relação aos conteúdos que são veiculados na internet, está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei 2126/2011.

Cumprir salientar que a Propriedade Intelectual possui fundamental importância para a manutenção da rede. Um dos principais interesses dos usuários da *Web 2.0* é a possibilidade de acesso e compartilhamento de conteúdos oriundos das produções imateriais.

Desse modo, ao mesmo tempo que o direito autoral deve ser limitado em prol da sociedade, não pode ser violado em detrimento dos criadores de obras intelectuais. É preciso que haja um equilíbrio entre direitos fundamentais previstos na Constituição.

O Marco Civil da Internet deve estar em consonância com a proteção tanto da Propriedade Intelectual quanto do Direito de Acesso à Cultura e à Informação. Para tanto, necessário se faz a proibição de censura prévia dos conteúdos publicados na internet.

Entretanto, ao mesmo tempo em que se exige a propositura de ação judicial para retirada de conteúdo ilícito da rede, responsabilizando os provedores somente em caso de descumprimento de medida liminar, deve-se exigir dos mesmos efetiva fiscalização quanto aos cadastros dos usuários para identificação do terceiro infrator.

Enfim, o Marco Civil é essencial para a regulação democrática da internet no Brasil e, principalmente, para o desenvolvimento pleno (social, econômico, tecnológico e cultural) do homem e de toda sociedade.

6. REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Ed., 2008.

AGUIAR, Mônica. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O *Fair Use* no Direito Autoral. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, v. 365, n 99, jan./fev. 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: FTD, 2008

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Requisitos fundamentais para a proteção autoral de obras literárias, artísticas e científicas. Peculiaridades da obra de artes plásticas. In: MAMEDE, Gladston; FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Orgs.). *Direito da arte*. São Paulo: Atlas, 2015.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

MORAES, Rodrigo. *Os Direitos Morais do Autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Direito de autor e liberdade de expressão. In: _____
(Coord). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29^a ed. São Paulo:
Malheiros Editores, 2007.