

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS

JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO

AIRES JOSE ROVER

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e novas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: José Renato Gaziero Cella, Aires Jose Rover, Valéria Ribas Do Nascimento – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-054-1

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Tecnologia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

No XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe - UFS, em Aracaju, de 03 a 06 de junho de 2015, o grupo de trabalho Direito e Novas Tecnologias novamente esteve presente com destaque pela qualidade dos trabalhos apresentados e pelo numeroso público, composto por pesquisadores-expositores e interessados. Esse fato demonstra a inquietude que o tema desperta na seara jurídica, em especial nos programas de pós-graduação em Direito que procuram empreender um diálogo que suscita a interdisciplinaridade na pesquisa e se propõe a enfrentar os desafios que as novas tecnologias impõem ao Direito.

Foram apresentados 22 artigos que foram objeto de um intenso debate e agora fazem parte desta coletânea. Numa tentativa de organizar quantitativa e qualitativamente os artigos e seus temas, segue uma métrica:

Cinco artigos trataram da Internet, em diversos âmbitos.

Quatro artigos discutiram a proteção da privacidade e dos dados pessoais e corporais.

Quatro artigos foram sobre responsabilidade civil e capacidade na internet.

Dois artigos versaram sobre aspectos regulatórios das nanotecnologias.

Dois artigos sobre marco civil da internet.

Dois artigos trataram do processo eletrônico, com enfoque de questões como inclusão, acesso à justiça e nova cultura.

Dois artigos discutiram redes sociais em temas como a violação de direitos e bloqueio de conteúdos ilícitos.

Dois artigos foram sobre o mercado de trabalho, tratando do pleno emprego e do analfabetismo digital.

Dois artigos versaram sobre a democracia eletrônica, envolvendo temas como o voto eletrônico e a democracia direta.

Um artigo sobre inovação e regulação tecnocientífica.

Um artigo sobre o direito de autor e plágio em software.

Um artigo sobre a tutela da honra no âmbito da internet.

Um artigo sobre rádio/tv na sociedade da informação.

Nota-se nessa classificação que o tema tecnológico mais tratado é a internet, mas se discute também redes sociais, nanotecnologias, urnas eletrônicas, software e tv/rádio. Dos temas jurídicos a privacidade e a responsabilidade civil são numericamente majoritários. Processo eletrônico, democracia digital e mercado de trabalho estão em seguida. Com únicos artigos seguem temas diversos, mas em pouco número considerando o total de artigos. Observa-se, portanto, algumas temáticas se tornando focais nessa edição e mantendo o interesse que vem das edições anteriores dessa coletânea.

Enfim, os artigos que ora são apresentados ao público têm a finalidade de fomentar a pesquisa e fortalecer o diálogo interdisciplinar em torno do tema direito e novas tecnologias. Trazem consigo, ainda, a expectativa de contribuir para os avanços do estudo desse tema no âmbito da pós-graduação em Direito brasileira, apresentando respostas para uma realidade que se mostra em constante transformação.

Os Coordenadores

Prof. Dr. Aires José Rover

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Profa. Dra. Valéria Ribas do Nascimento

RESPONSABILIDADE CIVIL INDIRETA DOS PROVEDORES DE SERVIÇO DE INTERNET E SUA REGULAÇÃO NO MARCO CIVIL DA INTERNET

SECONDARY LIABILITY OF INTERNET SERVICE PROVIDERS AND ITS REGULATION IN THE CIVIL RIGHTS FRAMEWORK FOR THE INTERNET

Caitlin Mulholland

Resumo

Em abril de 2014 foi promulgada pelo Congresso Nacional Brasileiro a Lei Federal nº 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet. Esta lei tem grandes méritos em sua formação e vigência, quais sejam: i) é resultado de inúmeras audiências públicas, em que a sociedade civil foi chamada a participar ativamente, ii) é uma lei que traça princípios democráticos de pleno acesso e uso da internet no país; iii) é uma lei que estabelece parâmetros claros para a responsabilização do provedor de serviços de internet. Com base nesta nova legislação, pretende-se neste artigo traçar o panorama da responsabilidade civil do provedor de serviços de internet no Brasil hoje, em comparação com o que tem compreendido a doutrina e a jurisprudência brasileiras, sobre o tema antes do advento do Marco Civil da Internet. Mais importante, o ordenamento brasileiro parece ter tomado um importante passo na construção de parâmetros eficientes para a responsabilidade civil do provedor, dentre os quais, a necessidade de notificação judicial como requisito formal necessário para a responsabilização subsidiária e a culpa como base para a responsabilidade do provedor.

Palavras-chave: Direito e tecnologia, Marco civil da internet, Responsabilidade civil indireta do provedor internet

Abstract/Resumen/Résumé

In April 2014 the Brazilian National Congress passed Federal Law number 12.965, known as the Civil Rights Framework for the Internet. This law is praiseworthy for its formation and effect, that is to say: i) it is the result of numerous public hearings in which civil society was called on to participate actively, ii) it is a law that outlines democratic principles for full access and use of the Internet in the country, and iii) it is a law that sets clear parameters for the liability of Internet-service providers. Based on this new legislation, this article sets out to portray the panorama of the liability of Internet-service providers in Brazil today, in comparison with the understanding of Brazilian doctrine and jurisprudence on the matter prior to the enactment of the Civil Rights Framework for the Internet. More importantly, the Brazilian system seems to have taken an important step in building efficient parameters for the liability of providers, including the need for legal notification as a formal requisite to hold the provider responsible.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law and technology, Civil rights framework for the internet, Secondary liability of the internet service provider

1. Introdução.

Este artigo é fruto de pesquisa realizada para apresentação de relatório nacional ao 19º Congresso Internacional de Direito Comparado, ocorrido em julho de 2014 em Viena, Áustria. A metodologia adotada para a realização da pesquisa foi a de elaborar respostas a um questionário organizado pelo relator geral, Professor Graeme Dinwoodie, que buscou referir a várias questões jurídicas em torno da responsabilidade civil do servidor de internet pelo conteúdo gerado por terceiro. Buscou-se respostas com base na doutrina e jurisprudência recentes, mas sobretudo na legislação recém sancionada – o Marco Civil da Internet¹ – que, de maneira expressa, impõe a responsabilidade subsidiária do servidor internet pelo conteúdo gerado por terceiros, em caso de descumprimento de notificação judicial para a retirada do conteúdo indevido, abusivo ou ilícito.

A opção pelo sistema da notificação judicial para retirada de conteúdo sob pena de responsabilização do servidor (*judicial notice and takedown*) foi tomada considerando especialmente os critérios gerais de responsabilidade indireta que norteiam o sistema brasileiro e, mais especificamente, a tendência observada em outros ordenamentos jurídicos de mesma raiz que o brasileiro – *civil law* – que consideram que não faz parte do risco do empreendimento do serviço de provedoria de internet a garantia sobre o conteúdo gerado por terceiros em suas aplicações.

O afastamento legislativo deste risco do empreendimento, contudo, não ignora a existência concreta dos danos que surgem da exploração da atividade de provedoria de serviços de Internet. De fato, sobre os números apresentados a respeito da Internet no Brasil, muito impressiona o quantitativo exibido - e as eventuais responsabilidades que daí poderão advir: no segundo trimestre de 2014, 51,6% da população tinha acesso à internet. Celulares e tablets foram o grande impulso para isto. Só 10% tinham acesso à banda larga e o grande motivador de acesso à Internet foi o celular - mais da metade dos

¹ O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) "estabelece princípios, garantias, direitos e deveres relacionados ao uso da Internet no Brasil". O projeto de lei iniciou-se em 2009 e foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 25 de março de 2014, e no Senado em 23 de abril de 2014, sendo imediatamente sancionado pela Presidenta Dilma Roussef. Os 32 artigos do texto da lei tratam de temas como a neutralidade da rede, proteção de privacidade, retenção de dados, e a função social que a Internet deve cumprir, em particular assegurando a liberdade de expressão, prevenindo a censura e transmitindo conhecimento, somando-se à imposição de obrigações aos usuários e provedores com relação à responsabilidade civil.

usuários. Ao final de 2012, 81 milhões de brasileiros já eram usuários de Internet, de acordo com o último relatório do Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação.

Esses estudos representam, em larga medida, o impulso social por trás da necessidade de buscar-se a proteção legislativa para o fenômeno da Internet e para as consequências judiciais a ele relacionadas. O Marco Civil da Internet surge, portanto, como uma lei que visa estabelecer procedimentos para a proteção dos usuários da Internet no Brasil. Segundo Marcelo Thompson, "o Marco Civil é um projeto de lei que estabelecerá direitos e deveres relativos ao uso da internet no Brasil. É uma iniciativa bem-intencionada em sua proposição, inspiradora em muitos dos fundamentos que reconhece para a internet no Brasil e, sobretudo, inovadora na utilização de uma vasta plataforma de deliberação coletiva para a construção de seu texto final. Sobretudo quanto às suas aspirações de garantir o que entende serem direitos do cidadão brasileiro, pode-se dizer que o Marco Civil é uma carta fundamental, uma Constituição, mesmo, para a internet brasileira" (THOMPSON, 2012:205).

Considerando os novos dispositivos legais em vigor no Marco Civil da Internet, interessa o exame de quatro dispositivos desta lei, quais sejam, os artigos 18, 19, 20 e 21, que tratam especificamente do tema desta pesquisa. A proposta deste artigo é analisar o conteúdo destas regras e correlacioná-lo às perguntas propostas pelo relator geral no grupo de trabalho sobre responsabilidade civil secundária do provedor internet. Para tanto, propõe-se a divisão deste artigo em cinco partes: cada qual relacionada a uma norma da lei mencionada, e ao fim, a conclusão do artigo.

2. Conceito de provedor de internet para fins de aplicação do Marco Civil da Internet.

A primeira questão que deve ser endereçada neste artigo é a delimitação do termo provedor de serviços de Internet. É importante que se identifique em que situações se atribuirá a aplicação do Marco Civil da Internet, ou melhor, quem é o destinatário da lei, ou ainda mais restritamente, quem é o sujeito que eventualmente poderá ser chamado a responder pelos danos causados, direta ou indiretamente, a usuários da Internet.

Apesar do Marco Civil não conter uma definição de provedoria de serviços de internet (ISP), ele contém uma noção do que é um "administrador autônomo do sistema",

mais especificamente “a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País” (artigo 5, IV). Esse conceito limitaria a definição de provedor de serviços àqueles que são chamados de provedores internet ou provedores online, termos que são amplos o suficiente para abarcar os sistemas de busca (como o *Google*), os operadores de mercados de negócios (como *Ebay*), assim como os provedores de conteúdo (como *Yahoo*).

Para Marcel Leonardi, "provedor de serviços de Internet é o gênero do qual as demais categorias (provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo) são espécies. O provedor de serviços de Internet é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da Internet, ou por meio dela. A confusão é comum em razão de boa parte dos principais provedores de serviços de Internet funcionarem como provedores de informação, conteúdo, hospedagem, acesso e correio eletrônico" (LEONARDI, 2005:21).

Ainda que esta noção de provedoria de serviços de Internet seja ampla e aceita pela doutrina e pela jurisprudência, o Marco Civil da Internet não a expressou, tendo, no entanto, em seu artigo 5º, trazido outros conceitos tecnicamente mais adequados. Dentre esses conceitos, dois são relevantes, pois nos interessam diretamente na pesquisa: (i) o conceito de conexão à internet, como sendo a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP (artigo 5º, V); (ii) o conceito de aplicações de internet, como sendo o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet (artigo 5º, VII). Ao primeiro conceito se refere a atividade de provedoria de conexão; ao segundo, a de provedoria de aplicações (conteúdo, busca, hospedagem, email, por exemplo).

A seguir, destacam-se as regras do Marco Civil que se destinam para emprego em situações de responsabilidade civil do que a lei denomina de provedores de conexão e provedores de aplicação.

3. Artigo 18 e a exclusão de responsabilidade do provedor de conexão pelo conteúdo gerado por terceiro.

Estabelece o artigo 18 do Marco Civil da Internet que “o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

Segundo a Rede Nacional de Pesquisa, provedor de acesso "é aquele que se conecta a um provedor de *backbone* através de uma linha de boa qualidade e revende conectividade na sua área de atuação a outros provedores (usualmente menores), instituições e especialmente a usuários individuais, através de linhas dedicadas ou mesmo através de linhas discadas, (...) sendo um varejista de conectividade à Internet"(apud LEONARDI, 2005:24).

De acordo com o Marco Civil, o provedor de conexão, que é o agente que permite o usuário o acesso à internet, é excluído de qualquer responsabilidade por causa do conteúdo gerado por terceiros. Assim, no caso de haver um certo serviço de provedoria de conexão que é utilizado como instrumento para perpetuar um ilícito praticado por um terceiro, este será exclusivamente responsável pela compensação dos danos causados. O provedor de conexão, ainda que causalmente ligado a uma cadeia de fornecedores de serviço, não deve ser responsabilizado já que não há meios de controlar a atividade conduzida por terceiros que acessam a rede.

O fundamento desta norma encontra-se justamente na incapacidade do provedor de conexão de controlar e verificar com previsibilidade e antecipação o conteúdo gerado por terceiro que utiliza o seu serviço de conexão para acessar a rede. O serviço de provedoria de conexão permite a um indivíduo que ele acesse a internet, sendo, portanto, um serviço que podemos denominar de instrumental. É um serviço que permite a utilização de outros serviços que, por exemplo, disponibilizam aplicações onde conteúdos podem ser postados ou gerados.

Pode-se dizer, assim, que não faz parte do risco do negócio de provedoria de acesso à Internet o controle de conteúdos gerados por terceiros. Ou ainda, que não se configuraria, *a priori* e em abstrato, como conduta culposa do provedor de acesso (*culpa in vigilando*) o fato de terceiro postar conteúdo impróprio na rede.²

² Neste sentido, ver, por todos, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Apelação cível. Ação cautelar. Medida com objetivo de retirar do ar site na internet. Ilegitimidade passiva do provedor de acesso. Manutenção da sentença. É parte ilegítima para figurar no polo passivo da medida cautelar ajuizada o provedor de acesso da internet que apenas possibilita a seus associados o acesso à rede mundial de computadores. Apelo desprovido.” (TJRS, Ap. Civ. nº 70001582444, rel. Antônio Correa Palmeiro da Fontoura, j. em 29.05.2002).

4. Artigo 19 e a responsabilidade subsidiária e condicional do provedor de aplicação.

Estabelece o artigo 19 do Marco Civil da Internet que “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”.

Este artigo traz verdadeira tomada de posição e inovação no que diz respeito à responsabilidade civil na Internet no Brasil. Primeiro, porque em sua introdução ressalva o direito à livre manifestação da expressão ao mesmo tempo em que visa o impedimento à censura, como direitos a serem assegurados pela Lei.³ Em segundo lugar, porque esta norma é fruto de uma concepção jurídica contemporânea que sustenta a possibilidade de responsabilização do provedor de aplicação em situação excepcional, somente quando presentes determinados requisitos.

Parece claro que o legislador fez uma opção manifesta por privilegiar a liberdade de expressão e vedar qualquer tipo de censura prévia por parte do provedor de aplicação, ao excluir a responsabilidade civil do provedor *a priori*.⁴ Há verdadeiro posicionamento do legislador favoravelmente à livre manifestação de ideias (e contrariamente à censura) ao garantir que o provedor não será responsabilizado pela mera inclusão de conteúdo por terceiro em sua aplicação, ainda que este conteúdo seja considerado por um juízo *a posteriori* como ilícito, abusivo e violador de direitos. Significa isso dizer que, no ordenamento brasileiro, o provedor de aplicação não tem o dever de verificar previamente e impedir o conteúdo a ser postado por terceiro (o que configuraria censura) porque ele

³ O art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil arrola como direitos fundamentais, entre outros, a liberdade de manifestação de pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IV e IX da CF). Também prevê a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, além do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, X e XII).

⁴ De acordo com Carlos Affonso Pereira de Souza, “note-se que, da forma como está redigido, o Marco Civil viabiliza soluções para acomodar os interesses em jogo de forma a prestigiar a liberdade de expressão, definindo claramente o papel do provedor e assegurando ao mesmo uma função de destaque na prevenção e na eliminação do dano sem que isso seja alcançado de forma através de juízos arbitrários ou de simples temor de futura responsabilização” (PEREIRA, 2013:131).

não será responsabilizado posteriormente pelos danos causados pelo mesmo. Isto é, a responsabilidade pelo conteúdo gerado, postado e/ou disseminado na Internet recai primeiramente e, como regra, sobre aquele que diretamente realiza a conduta danosa, excluindo a responsabilidade do provedor em relação à vítima do dano.⁵

Mas, esta regra estabelece uma exceção bastante específica: o provedor será responsabilizado se, notificado judicialmente quanto ao conteúdo impróprio postado por terceiro, não providenciar a retirada do mesmo em prazo determinado.

Verifica-se, assim, que para a responsabilização legal do provedor de aplicações em caso de conteúdo gerado por terceiros são requisitos necessários: 1) a existência de pedido de notificação judicial realizada por pessoa que alega a violação de seu direito (fundamental, autoral, intelectual, etc); 2) a avaliação positiva, ainda que liminar e antecipada, pelo juiz quanto à potencial lesividade da conduta daquele que inseriu conteúdo; 3) a decisão liminar concedendo notificação pelo juiz ao provedor de aplicação indicando o conteúdo indevido a ser retirado e prazo para tal; 4) o descumprimento da decisão judicial da notificação para retirada.

⁵ Ver, por todos, decisão do Superior Tribunal de Justiça em que se decidiu pelo caráter preferente da liberdade de expressão no sentido de afastar a responsabilidade civil do provedor de Internet: "CIVIL E PROCESSO CIVIL. INTERNET. PROVEDOR DE PESQUISA. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. OBRIGAÇÃO LEGALMENTE IMPOSSÍVEL. CONTEÚDO PÚBLICO. **DIREITO À INFORMAÇÃO. VIOLAÇÃO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 220, § 1º, DA CF/88; 461, § 1º, DO CPC; E 884, 944 E 945 DO CC/02.** 1. Ação ajuizada em 04.05.2007. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 30.11.2013. 2. **Recurso especial que discute os limites da responsabilidade dos provedores de pesquisa virtual pelo conteúdo dos respectivos resultados.** 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. 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. 6. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 7. O art. 461, § 1º, do CPC, estabelece que a obrigação poderá ser convertida em perdas e danos, entre outros motivos, quando impossível a tutela específica. Por "obrigação impossível" deve se entender também aquela que se mostrar ilegal e/ou desarrazoada. 8. 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. 9. Recursos especiais a que se nega provimento. (REsp 1407271/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/11/2013)".

Somente se presentes esses quatro requisitos é que se poderá considerar a responsabilidade do provedor de aplicação de Internet. E, ainda assim, sempre será possível responsabilizar-se diretamente aquele que insere o conteúdo indevido na rede. Desta conclusão, inclusive, retira-se a primeira grande indagação quanto à aplicação do artigo 19, qual seja, se a natureza da responsabilidade civil do provedor é subsidiária ou solidária a do causador direto do dano.

5. Responsabilidade subsidiária ou solidária?

Segundo as normas de direito civil vigentes no Brasil, haverá responsabilidade civil subsidiária sempre que uma pessoa venha a ser responsabilizada pelo dano causado diretamente por outra pessoa, em decorrência de uma relação jurídica prévia de atribuição de responsabilidade. Assim é que os empregadores respondem pelos danos causados pelos seus empregados durante a realização do serviço; e os pais respondem pelos danos causados pelos seus filhos menores que estejam sob sua guarda e autoridade.⁶ Note-se que no ordenamento brasileiro optou-se por uma escolha que abrigasse a vítima do dano e permitisse a ela uma rápida reparação do dano causado, sendo a responsabilidade atribuída solidariamente, não subsidiariamente, de acordo com a regra geral prevista no artigo 933 do Código Civil que expressamente prevê a solidariedade.⁷ Importa o preceito em que tanto o causador imediato do dano (filho menor, tutelado, curatelado, empregado, preposto, etc.) pode ser demandado diretamente pela vítima em ação indenizatória, como podem também aqueles que garantem a obrigação de indenizar, isto é, os responsáveis indiretos pelo dano. A demanda judicial pode ser dirigida a ambos ou a um dos dois somente, pois a solidariedade implica que qualquer um dos personagens responde pela obrigação como um todo. Se o responsável indireto responde pelo causador direto do dano, aquele terá o direito de regresso contra este, podendo reaver o que pagou daquele que culposamente causou o dano.

⁶ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

⁷ Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Outro aspecto relevante da responsabilidade indireta prevista no Código Civil brasileiro é que o garantidor, responsável indireto, obriga-se a indenizar o dano, independentemente de culpa de sua parte. Trata-se de responsabilidade objetiva, pois ainda que prove o responsável indireto que tomou todas as medidas diligentes para evitar a conduta danosa, a sua responsabilidade - como garantidor e guarda - permanecerá, pois deriva expressamente de dois comandos legais - os artigos 932 e 933 do Código Civil.

Mas como esta teoria da responsabilidade civil indireta se aplicaria - se é que se aplicaria - no caso da responsabilidade do provedor de serviços de Internet pelo conteúdo gerado por terceiros? Genericamente, a fim de que haja a responsabilidade civil por parte dos prestadores de serviços - independentemente do tipo de relação jurídica estabelecida (consumo, direitos autorais, propriedade intelectual, os direitos fundamentais) - deve haver danos, um fator de atribuição (culpa ou risco) e causalidade. A responsabilidade indireta ou subsidiária implica em que a obrigação de reparar o prejuízo seja pago pela parte que controla a atividade, meio ou instrumento que causou o dano direto à pessoa (tribunais estenderam a responsabilidade para aqueles que lucram com atividade de infração quando uma empresa tem o dever e a capacidade de prevenir a infração). Um exemplo simples é quando um empregador responde pelos danos causados diretamente pelo empregado, pois ele tem o controle dos meios utilizados por este último, enquanto o trabalho está sendo realizado. Da mesma forma, o proprietário de um animal é responsável pelos danos causados diretamente por ele, já que ele tem o controle sobre o animal e, portanto, deverá ser capaz de impedir que o mesmo cause danos.

Pela natureza da responsabilidade do provedor, qual seja, indireta, pode-se concluir que sua obrigação de indenizar seria subsidiária a do causador direto do dano. Era assim que as cortes procediam antes do advento do Marco Civil. Em decisão julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2012, considerou que “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” (REsp 1308830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/05/2012).⁸

⁸ Veja também, STJ, REsp. 1.186.616, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ. 31.08.2011 e REsp. 1.193.764, 3º T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 08.08.2011.

Esta é opinião também defendida por Marcel Leonardi para quem "a responsabilidade civil por atos de usuários e terceiros encontra equilíbrio em um sistema que atribua responsabilidade solidária aos provedores em caso de dolo ou negligência, quando deixam de cumprir seus deveres (e tornam assim impossível a identificação do efetivo responsável pelo ato ilícito) ou, ainda, quando colaboram para sua prática ou deixam de bloquear o acesso à informação ilegal, após terem sido cientificados de sua existência" (LEONARDI, 2005:49-50).

Parece que o Marco Civil da Internet buscou de fato responsabilizar o provedor de maneira indireta e solidariamente pelo fato de terceiro. E esta interpretação é a que mais se aproxima de uma razoável aplicação da lei, considerando que, ainda que o conteúdo ilícito ou abusivo gerado não está esteja causalmente conectado à conduta direta da prestação do serviço do provedor, este responderá pelos danos causados diretamente por sua omissão na retirada do material, que só, excepcionalmente e após a notificação judicial para tanto, responsabilizar-se-á pela omissão em sua retirada. Ou seja, o que concretamente indica a responsabilidade do provedor é a omissão (culpa) na retirada do material considerado liminarmente como infringente após devidamente notificado judicialmente para fazê-lo. Significa dizer que, diferentemente da norma do Código Civil (artigo 933) que estabelece a responsabilidade indireta objetiva do garantidor/guarda, o Marco Civil da Internet abraçou uma hipótese de responsabilidade civil indireta calcada na culpa - omissão culposa na retirada de conteúdo infringente gerado por terceiro após notificação judicial - que importa também em responsabilização solidária do provedor de Internet pelos danos causados diretamente à vítima pelo terceiro.

6. Responsabilidade baseada no risco da atividade ou por culpa presumida?

Os provedores de serviços de Internet são aqueles que disponibilizam os meios tecnológicos para que terceiros possam praticar a atividade ilícita, que é a causa direta dos danos. Se o provedor de serviços tem a capacidade de controlar os meios e assim evitar qualquer dano, ele deve assumir a responsabilidade por tal. A natureza dessa responsabilidade é, em princípio, objetiva, com base na teoria do risco, ou seja, baseada no conceito de que quem quer que tenha um meio disponível que poderia infringir os direitos dos outros deve ser responsável por quaisquer que sejam os resultados de execução da atividade que eles se envolvem. Em outras palavras, aqueles que têm maior

capacidade de evitar danos devem assumir a responsabilidade pelas consequências. Sendo indireta, a responsabilidade do servidor, obviamente, permite o direito de regresso - isto é, a recuperação do que foi pago da pessoa que diretamente causou o dano .

O sistema brasileiro considera como fundamento co-existente para fundamentar a responsabilidade civil por parte do provedor de serviços, tanto a responsabilidade baseada no risco (teoria do risco), como por culpa presumida (ao deixar de tomar medidas preventivas para diminuir o risco de dano), a depender do tipo de controle que o provedor de serviço de Internet possui do conteúdo previamente disponibilizado ou da relação jurídica que está sendo realizada entre o provedor e terceiro. Por exemplo, há responsabilidade civil do provedor internet, por risco, ou seja, objetivamente, pelo serviço por ele diretamente oferecido, com base no Código de Defesa do Consumidor (artigo 14). Assim, responde civilmente o provedor de conexão pelo dano causado ao usuário pela má prestação do serviço, ou pela interrupção indevida do serviço. Da mesma forma, responde o provedor de conteúdo pelo dano causado a uma pessoa pelo material difamatório publicado em seu site, caso atue como editor do site e tenha o controle prévio do material a ser divulgado com verdadeira função de editor.

Por outro lado, o provedor de serviços de Internet responde por culpa na hipótese de conteúdo gerado por terceiro, quando notificado judicialmente não o retira no tempo apurado, hipótese que nos referimos neste artigo.

De acordo com posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, “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” (REsp 1308830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/05/2012).

No mesmo sentido, decidiu também a Terceira Turma do STJ que: "Pretensão indenizatória e cominatória veiculada por piloto profissional de Fórmula 1, que, após tomar conhecimento da existência de "perfis" falsos, utilizando o seu nome e suas fotos com informações injuriosas, além de "comunidades" destinadas unicamente a atacar sua

imagem e sua vida pessoal, *notificou extrajudicialmente* o provedor para a sua retirada da internet. 2. Recusa da empresa provedora dos serviços de internet em solucionar o problema. 3. Polêmica em torno da responsabilidade civil por omissão do provedor de internet, que *não responde objetivamente* pela inserção no site, por terceiros, de dados ilícitos. 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" (REsp 1337990/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 21/08/2014).

E ainda, para o STJ, "1. Este Tribunal Superior, por seus precedentes, já se manifestou no sentido de que: I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor da internet, porquanto não se lhe é exigido que proceda a controle prévio de conteúdo disponibilizado por usuários, pelo que não se lhe aplica a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia dos conteúdos postados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor no Orkut. 2. A responsabilidade subjetiva do agravante se configura 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 manter um sistema ou não adotar providências, que estiverem 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. 4. Na hipótese, a decisão recorrida dispõe expressamente que o provedor de busca foi notificado extrajudicialmente quanto à criação de perfil falso difamatório do suposto titular, não tendo tomado as providências cabíveis, optando por manter-se inerte, motivo pelo qual responsabilizou-se solidariamente pelos danos morais infligidos à promovente, configurando a responsabilidade subjetiva do réu" (AgRg no REsp 1402104/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/05/2014).

Significa dizer que os tribunais superiores consideram que, apesar de constituírem relação de consumo, o serviço de provedoria de internet de qualquer natureza (conexão e aplicação, por exemplo) não pode ter atribuída responsabilidade civil baseada na teoria do risco em caso de conteúdo gerado por terceiro, na medida em que não há por parte do provedor qualquer capacidade de previsão ou controle dos riscos da atividade nessas circunstâncias. Em outras palavras, o provedor de aplicação não tem a capacidade de previsibilidade e, portanto, de prevenção de riscos referentes aos eventuais e potenciais danos causados por materiais e conteúdos gerados por terceiros, pois não há monitoramento nem triagem do que é postado na rede com anterioridade, justamente para proteger a liberdade de expressão e combater qualquer meio de censura privada ou pública.

Em conclusão: ainda que se pudesse considerar a responsabilidade do provedor internet baseada no risco de sua atividade e, portanto, objetivamente, esta estaria afastada pela exclusão da causalidade, na medida em que a responsabilidade objetiva não importa em responsabilidade integral. Poderia o réu da ação indenizatória afastar a pretensão do autor provando que o dano foi causado por conduta de terceiro - fato de terceiro - demonstrando assim que não contribuiu para o evento danoso. Ou seja, a falta de uma prévia fiscalização do conteúdo postado por terceiro não se caracterizaria como uma falha do serviço prestado - que numa relação de consumo é o fundamento da obrigação de indenizar - mas como uma verdadeira impossibilidade técnica, não se podendo exigir do provedor esta obrigação.

No mesmo sentido caminha a doutrina. Segundo Erica B. Barbagalo, "o provedor de serviços de hospedagem não é responsável pelo conteúdo dos sites que hospeda, uma vez que não tem ingerência sobre o conteúdo destes, não lhe cabendo o controle editorial das páginas eletrônicas. Também não se pode esperar do provedor de hospedagem atividades de fiscalização: na maioria das vezes o armazenador não tem acesso ao conteúdo do site, apenas autorizado ao seu proprietário, que pode alterar o conteúdo de suas páginas com a frequência que lhe aprouver. Ademais, várias são as páginas e sites hospedados em cada servidor, restando impossível para o provedor de hospedagem a fiscalização de conteúdo" (BARBAGALO, 2003: 347).

A adoção de teoria do risco, para Erica B. Barbagalo, seria um equívoco. Para a autora, "as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na Internet não são atividades de risco por sua própria natureza, não implicam em riscos para direitos de

terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial. E interpretar a norma no sentido de que qualquer dano deve ser indenizado, independente do elemento culpa, pelo simples fato de ser desenvolvida uma atividade, seria, definitivamente onerar os que praticam atividades produtivas regularmente, e conseqüentemente atrasar o desenvolvimento" (BARBAGALO, 2003: 360).

Sendo assim, o fundamento da responsabilidade civil do provedor de aplicação por conteúdo gerado por terceiro é a culpa, em seu viés omissivo e por presunção, quando, notificado o provedor, este não tomar as devidas atitudes para a retirada de material inapropriado de sua rede. Isto é, presume-se a omissão culposa (culpa lato sensu) do provedor que ao ser notificado judicialmente para a retirada de conteúdo impróprio deixa de fazê-lo no prazo informado, devendo responder pelos danos causados ao ofendido.

7. A notificação judicial como requisito formal para a responsabilização do provedor internet

O artigo 19 selou por vez a controvérsia jurisprudencial acerca da natureza da notificação para retirada de conteúdo infringente pelo ISP (*Internet service provider*). Antes da vigência do Marco Civil da Internet, os tribunais vinham considerando que a mera notificação extrajudicial indicando ao provedor internet a existência de violação de direitos e requerendo a retirada do conteúdo em determinado prazo já seria suficiente para delimitar a responsabilidade subsidiária do provedor em caso de descumprimento da mesma.

O instrumento do "*notice and take-down*" foi geralmente concedido fora dos processos judiciais, via notificação extrajudicial, sem proceder a uma análise da razoabilidade ou mesmo a existência de um direito de ter sido violada. O sistema "*notice and take down*" é falho, porque permite a remoção arbitrária de conteúdo com base em uma denúncia simples feita pelo interessado, sem a necessária devido processo legal. Além disso, é um sistema que impõe a censura, seja ela temporária ou não, ou então intimida ou restringe a liberdade de expressão.

Há inúmeros julgados no Superior Tribunal de Justiça que indicam a adoção deste entendimento, dos quais selecionamos dois trechos: “Na hipótese, a decisão recorrida dispõe expressamente que o provedor de busca foi **notificado extrajudicialmente** quanto à criação de perfil falso difamatório do suposto titular, não tendo tomado as providências

cabíveis, optando por manter-se inerte, motivo pelo qual responsabilizou-se solidariamente pelos danos morais infligidos à promovente, configurando a responsabilidade subjetiva do réu” (AgRg no REsp 1402104/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 27/05/2014); “A decisão recorrida dispõe expressamente que o provedor foi *notificado extrajudicialmente*, por meio de ferramenta que ele próprio disponibiliza para denúncia de abusos - na espécie, criação de perfil falso difamatório do suposto titular e ofensivo a terceiros -, não tendo tomado as providências cabíveis, optando por manter-se inerte, motivo pelo qual responsabilizou-se solidariamente pelos danos morais infringidos ao promovente, configurando a responsabilidade subjetiva do réu” (AgRg no REsp 1396963/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 08/05/2014).

Contudo, parece que este entendimento poderia levar a um eventual exercício abusivo de direitos, não respaldado por um juízo de valor num procedimento judicial válido. Primeiro, porque poderia permitir, por meio de uma simples notificação, o cerceamento da livre manifestação de pensamento ou da liberdade de expressão de determinada pessoa. Segundo, porque poderia gerar, por este motivo, a possibilidade do exercício de censura indevida ou injustificada.⁹ Imagine-se a hipótese de uma pessoa que, num blog mantido por um provedor de aplicações (*blogspot*, por exemplo), realiza uma crítica teatral a uma determinada peça em cartaz e usa palavras mais duras contra a atriz principal, ou até mesmo desenha uma charge pouco favorável à atriz. A atriz, por perceber nas palavras ou no desenho uma violação a sua dignidade poderia notificar judicialmente o provedor para a retirada do material difamatório o que, pelo entendimento jurisprudencial anterior, deveria ser realizado, sob pena de responsabilização solidária do provedor. Esse caso, porém, parece ser um episódio em que estamos diante de uma censura à liberdade de manifestação de um pensamento, o que denotaria um exercício abusivo de direito.¹⁰

⁹ Nas palavras de Marcel Leonardi: “não é possível afastar a necessidade de análise judicial e de ordem específica para a retirada de conteúdo, já que decidir sobre a legalidade ou ilegalidade do material — em todas as suas possíveis formas — é algo necessariamente subjetivo, além de ser prerrogativa exclusiva do Judiciário, e não de usuários ou de provedores. A jurisprudência inclusive caminha nesse sentido, com diversas decisões destacando que esse é um papel reservado ao Estado, que não pode ser usurpado pelos intermediários ou pelos usuários” (<http://leonardi.adv.br/2010/04/o-problema-do-sistema-de-notificacao-e-retirada-na-web/>).

¹⁰ Neste sentido, entende Bezerra: “É inegável que a retirada de conteúdos do ar pelo próprio provedor de conteúdo — como impõe o STJ — implica em um juízo discricionário a respeito do teor dos dados divulgados. Mais do que isso, ao suspender determinado conteúdo, o provedor estará realizando uma ponderação entre o direito fundamental à intimidade daquele que se sente ofendido e o direito fundamental à liberdade de

A necessidade da notificação judicial como requisito essencial para a responsabilização do provedor é uma medida, portanto, necessária e que traz segurança às partes envolvidas no caso concreto, pois permite uma avaliação judicial prévia sobre a potencial violação de direitos que necessitam de proteção jurídica. Ainda que de forma preliminar, a notificação judicial é procedimento judicializado e, portanto, requer a análise por um juiz por meio de um devido processo legal.

Os tribunais têm concedido o remédio da notificação judicial de forma preliminar, antecipadamente, antes de qualquer processo compensatório definitivo (que, muitas vezes, é apresentado apenas contra o terceiro, que inseriu o conteúdo, e não contra o provedor de serviço de internet). A fim de conceder a ordem, o magistrado deve analisar dois requisitos : 1) a existência de *fumus boni iuris* ("fumaça de bom direito"), ou seja, a verossimilhança das alegações apresentadas pelo titular do alegadamente direito violado; 2) o *periculum in mora* ("perigo na demora"), isto é, se a manutenção da violação criará uma situação difícil de corrigir ou então fazer o dano ainda pior. Se estes dois requisitos estão presentes, o juiz ordena que o prestador de serviços deve remover o conteúdo prejudicial, com a intenção de evitar a perpetuação do dano.

Também de acordo com o parágrafo primeiro do artigo 19, a ordem judicial de deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. A melhor interpretação a ser dada a este parágrafo é a de que há necessidade, na ordem judicial de retirada de conteúdo, da indicação por meio de URL do exato teor infringente de direitos para impedir que sejam retirados inteiros sites da rede ou bloqueados aplicativos impedindo o acesso de outros usuários aos conteúdos próprios da rede.¹¹

manifestação daquele que veiculou as informações. Por isso não é exagero afirmar que o entendimento do STJ acaba por transferir aos provedores de conteúdo uma competência e responsabilidade que somente pode ser atribuída ao próprio Poder Judiciário” (Bezerra, 2014: 9).

¹¹ O bloqueio ao *Youtube* ocorreu no Brasil em janeiro de 2007, por meio de decisão judicial liminar no caso Daniela Cicarelli. Neste caso, a atriz havia sido filmada mantendo relações sexuais em uma praia na Espanha com seu namorado da época, Tato Malzoni. O filme foi distribuído pela Internet e os retratados apresentaram ação na Justiça brasileira, com sucesso, pedindo que todos os sites que veicularam o vídeo tirassem as imagens do ar. Sites de conteúdo controlado por editores atenderam à notificação. Mas, no caso do *YouTube*, sempre que o Google excluía o vídeo, algum usuário postava novamente o arquivo. Em janeiro de 2007, o juiz Ênio Santarelli Zuliani exigiu que as empresas de telefonia bloqueassem o acesso ao *YouTube* no Brasil, por supostamente descumprir a exigência judicial. O site de vídeos ficou 48 horas fora do ar. Ao perceber a repercussão do caso e pressionado por críticas de que agiria como um censor, Ênio mudou sua decisão e liberou o acesso ao *YouTube*. Fonte: <http://info.abril.com.br/noticias/internet/google-vence-no-caso-cicarelli-10052012-57.shl>

8. Procedimento judicial

Em relação ao procedimento judicial, o Marco Civil da Internet estatui que as causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais. Esta posição deveu-se à necessidade de celeridade no processo, uma vez que as causas iniciadas nos juizados especiais são comumente mais rápidas do que as principiadas nas varas cíveis comuns. Note-se, contudo, que há duas dificuldades eventuais na propositura de causas desta natureza nos juizados especiais: primeiro, não se admite a produção de prova técnica pericial; segundo, existe um teto para o valor da causa. Estes dois limites, eventualmente, podem fazer com que o autor da ação prefira ingressar com a causa em uma vara cível, num procedimento mais demorado, mas que garanta, eventualmente, um valor maior de indenização e permita a realização de provas técnicas periciais que seriam fundamentais para demonstrar o direito a ser tutelado. Como a escolha do procedimento judicial se configura como faculdade a ser exercitada pelo ofendido, não há prejuízo em adotar o autor da ação a estratégia processual que ele considerar a mais conveniente.

9. Exclusão da aplicação do artigo 19 aos direitos de autor

A regra do artigo 19 não se aplica a hipóteses de violação de direitos autorais ou direitos a eles conexos, por força do disposto no parágrafo segundo do artigo 19, que expressamente estatui que “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”.

Por outro lado, o Congresso Nacional está discutindo um projeto de lei para alterar substancialmente a Lei de Direitos Autorais em vigor (L. 9.610 / 98) e que inclui um novo tratamento da responsabilidade subsidiária dos provedores de serviços de internet, quando a violação de direitos autorais está em causa: o sistema de "*notice and notice*". Na medida em que a proteção de direitos de autor está em causa, juristas brasileiros estão empenhados em debater a adoção de dois instrumentos destinados ao controle de conteúdo gerado por terceiros na internet : (i) "notificação e notificação", segundo o qual o titular dos direitos autorais violados usa a prerrogativa de notificar (extrajudicialmente

ou judicialmente) o provedor de aplicações para despertar a sua consciência para o fato de que um terceiro está usando seu meio para disponibilizar o conteúdo de que ele não é o titular; na sequência desta notificação, o provedor também deve notificar o terceiro sobre a alegação entregue; (ii) remuneração proporcional para conceder ao titular dos direitos autorais violados para cada uso impróprio que é feita.

Enquanto não há alteração legislativa que importe na adoção de novas medidas protetivas de direitos autorais na Internet, o que se tem admitido é a utilização da notificação extrajudicial com prazo especificado de 24 ou 48 horas para a retirada de material infringente, em procedimento liminar. Parece que o legislador do Marco Civil ao estabelecer no parágrafo segundo do artigo 19 que a responsabilidade civil do provedor de serviços de Internet por violação de direitos de autor por terceiro deverá ser tratada em outra lei específica, adotou o entendimento de que a notificação judicial seria medida formal suficiente e legítima para imputar responsabilidade ao provedor em caso de descumprimento da medida.

10. Artigo 20 e a obrigação de comunicar o usuário responsável pelo conteúdo infringente sobre os motivos de sua indisponibilidade

Estatui o artigo 20 do Marco Civil que “sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o artigo 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário”.

Uma vez notificado judicialmente o provedor a respeito do conteúdo infringente e, cumprindo a ordem, retirar da rede o material indevidamente postado por terceiro, fica ele incumbido da obrigação de comunicar ao usuário infrator – caso possa identificá-lo – os motivos e as informações referentes à indisponibilização do material. Esse procedimento visa, primordialmente, duas funções: promover o devido processo legal, por meio da disponibilidade ao usuário da rede das informações que possam permitir a ele o exercício da ampla defesa e do contraditório em juízo em face de uma eventual ação indenizatória; e exonerar o provedor de ocasional responsabilidade frente ao usuário pela

retirada do conteúdo postado, tendo em vista que esta remoção foi justificada por ordem judicial, portanto, legitimada.

O usuário que disponibilizou o conteúdo retirado poderá, por outro lado, requerer do provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos a substituição do conteúdo removido pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização (Artigo 20, parágrafo único). Este preceito visa assegurar ao usuário a garantia da livre manifestação de ideias e da liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que inibe a censura, uma vez que demonstra que o material foi retirado por ordem judicial e não por censura privada do provedor.

11. O artigo 21 e a responsabilidade civil subsidiária do provedor de internet pela violação da intimidade

O artigo 21 do Marco Civil estabelece um rito diferente do artigo 19 no que se refere ao procedimento de notificação para a retirada de material de conteúdo infringente gerado por terceiro. Este artigo traz hipótese específica de tutela da intimidade das pessoas retratadas em imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado que, sem sua autorização, têm exibido esse conteúdo na rede. Por se tratar de conteúdo com grave potencial danoso, entendeu o legislador que a sua propagação não autorizada dispensa a necessidade de notificação judicial para que o provedor seja obrigado a retirar o conteúdo da rede. Para que o material seja indisponibilizado basta notificação da pessoa retratada, considerando que esta notificação, portanto, poderá ser extrajudicial e, portanto, o procedimento, mais célere. Ademais, a notificação deve 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” (Artigo 21, parágrafo único).

12. Excludentes de responsabilidade: requisitos para o não cumprimento da notificação judicial de retirada de conteúdo pelo provedor.

Apontou-se que no artigo 21 há a exigência de que na notificação extrajudicial a vítima faça a identificação específica do material considerado ofensivo para fins de

retirada pelo provedor. O artigo 19 também exige na notificação judicial a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material na rede.

Contudo, no artigo 19, diferentemente do que ocorre no artigo 21, há a previsão de uma excludente que permite o não cumprimento da notificação judicial que determina a retirada do conteúdo ilícito, qual seja, os chamados limites técnicos do serviço de provedoria. Significa dizer que, se, pelo estado de desenvolvimento tecnológico à época, o provedor não tiver a capacidade técnica e as condições objetivas de identificar de forma clara e específica o conteúdo apontado como infringente, o provedor afastaria sua eventual responsabilidade pela continuidade do conteúdo indevido na rede.

Críticas já são dirigidas a este artigo, considerando que ele conflita com princípios de vulnerabilidade técnica do consumidor (usuário ou vítima) que tampouco teria como identificar o conteúdo infringente; e com o princípio do risco do empreendimento, que suscitaria a responsabilização daquele que exerce a atividade de provedoria e que tem a melhor capacidade técnica de controlá-la.

Apesar de o Superior Tribunal de Justiça não considerar a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet fundamentada no risco, é irrazoável a colocação do usuário ou da vítima de um serviço de internet na condição de responsável pela localização de um conteúdo ofensivo ou de quem foi o verdadeiro culpado por sua inserção. Se não prevaleceu a tese da responsabilidade objetiva, ao menos que não se lancem as vítimas de condutas descritas nos artigos 19 e 21 da Lei do Marco Civil em um regime tão inadequado de tutela de seus direitos (RODRIGUES JUNIOR: 2014: 1).

13. Conclusão

A título de conclusão, pode-se sintetizar o que foi exposto, em resumidos tópicos:

I) O Marco Civil da Internet representa um avanço legislativo importante no Brasil, pois integra num só corpo de lei as normas relacionadas ao regime jurídico da Internet, trazendo maior segurança quanto à aplicação das normas;

II) Os provedores de serviços de Internet são, a princípio, isentos de responsabilidade sobre o conteúdo infringente gerado por terceiro que utilizam de seus serviços;

III) O fundamento da exclusão de responsabilidade do provedor é a inexistência do dever de previamente monitorar o conteúdo a ser gerado ou postado pelo terceiro que utiliza os serviços de provedoria;

IV) Os provedores de serviços de Internet tampouco são garantidores dos conteúdos postados por terceiros (como, por exemplo o são os editores), justamente por não terem a obrigação de previamente controlarem ou monitorarem este conteúdo;

V) A responsabilidade do provedor de serviços de Internet pelo conteúdo abusivo ou ilícito gerado por terceiro só será admitida em hipótese em que notificado judicialmente a respeito da abusividade ou ilicitude deste conteúdo, o provedor mantém-se inerte e recusa-se a retirar o conteúdo de seu servidor;

VI) A notificação judicial é requisito formal indispensável para a eventual responsabilização do provedor de serviços de Internet. A notificação extrajudicial somente será admitida na hipótese prevista no artigo 21, qual seja, a de conteúdo infringente da intimidade de pessoa retratada sem sua autorização.

VII) A natureza da responsabilidade civil do provedor de serviços de Internet é subjetiva, respondendo o mesmo por omissão culposa quando notificado judicialmente não retirar o conteúdo infringente de seus servidores;

VIII) Responde ainda solidariamente o provedor com o causador direto do dano, com base no princípio da solidariedade social e no descumprimento de ordem judicial (ou notificação extrajudicial, em caso de violação à intimidade);

REFERÊNCIAS:

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via internet. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Rio de Janeiro. v.78. n.3. p.64-75. jul./set. 2012.

BARBAGALO, Erica Brandini. “Aspectos da Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços na Internet”, in Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg (orgs.), *Conflitos sobre Nomes de Domínio*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003; p. 341/363.

BARBOSA, Fernanda Nunes. Internet e consumo: o paradigma da solidariedade e seus reflexos na responsabilidade, civil do provedor de pesquisa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.101. n.924. p.535-61. out. 2012.

BEZERRA, Márcia Fernandes. Apontamentos sobre o Marco Civil da Internet. IN: *JICEX - Revista da Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba*, v. 1, n. 1, 2013.

PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GIACCHETTA, André Zonaro. A responsabilidade civil dos provedores de serviço de internet e o anteprojeto de reforma da lei nº 9.610/1998 (lei de direitos autorais). *Revista da ABPI*. Rio de Janeiro. n.117. p.25-39. mar./abr. 2012.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005; pp. 31/64.

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

LEONARDI, Marcel. Internet e regulação: o bom exemplo do marco civil da internet. *Revista do Advogado*. Sao Paulo. v.32. n.115. p.99-113. abr. 2012.

PARENTONI, Leonardo Netto. Breves notas sobre a responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.99. n.896. p.75-95. jun. 2010.

REINALDO FILHO, Demócrito. A jurisprudência brasileira sobre responsabilidade do provedor por publicações na internet - a mudança de rumo com a recente decisão do STJ e seus efeitos. Revista Forense. Rio de Janeiro. v.107. n.414. p.485-95. jul./dez. 2011.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Marco Civil e opção do legislador pelas liberdades comunicativas, In: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-14/direito-comparado-marco-civil-opcao-pelas-liberdades-comunicativas>.

SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; Branco, Sergio. 'Responsabilidade Civil da Internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana'. Revista de Direito das Comunicações, v. 1, p. 80-98, 2010.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. "Obrigações e Responsabilidades dos Provedores de Serviços na Internet", in Renato Opice Blum, Marcos Gomes da Silva Bruno e Juliana Canha Abrusio (orgs). Manual de Direito Eletrônico e Internet. São Paulo: Lex, 2006.

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. 1ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, v. 1, p. 129-156.

THOMPSON, Marcelo. Marco Civil ou Demarcação de Direitos? Democracia, Razoabilidade e as Fendas na Internet do Brasil (Civil Rights Framework or Demarcation of Rights? Democracy, Reasonableness and the Cracks on the Brazilian Internet) (May 28, 2012). Revista de Direito Administrativo (Journal of Administrative Law), v. 261, 2012, pp. 203-251.