

Responsabilidade civil dos provedores de aplicações por ato de terceiro na lei 12.965/14 (marco civil da internet)

Allocation of responsibilities of internet providers for third party act in the 12,965/14 law (brazilian civil rights framework for the internet)

*Irineu Francisco Barreto Junior¹
Beatriz Salles Ferreira Leite²*

Resumo: O presente artigo analisa a Lei n. 12.965/2014, chamada de Marco Civil da Internet, especialmente no que diz respeito à atribuição da responsabilidade dos provedores da internet por ato de terceiro, que se tornou cada vez mais comum diante da possibilidade de acesso a conteúdo ilícito e ofensivo. Por essa razão, entende-se necessário o estudo de seu papel no que se refere à responsabilidade civil; afinal, se todo e

-
- 1 Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Docente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). São Paulo – SP, Brasil. *E-mail:* neubarreto@hotmail.com
 - 2 Mestre em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU-SP. Docente do Curso de Direito da FMU-SP. Especialista em Perícias de Engenharia e Avaliações de Imóveis pelo Instituto Brasileiro de Perícias- IBAPE-SP. Graduação em Engenharia Civil pela Escola de Engenharia Mauá – EEM-SP. *E-mail:* salles.beatriz35@gmail.com

qualquer tipo de responsabilidade for atribuído aos provedores que prestam serviços de conteúdo, como os de aplicações, indaga-se qual seria o impacto no desenvolvimento econômico da internet. Para tanto, buscou-se a origem de certa imunidade criada a favor dos provedores, que se deu, originalmente, com a diretiva norte-americana, seguida da europeia e adotada também no Brasil mais de duas décadas depois, com a edição do Marco Civil da Internet. A metodologia do artigo fundamenta-se na técnica analítica, na qual são avaliados os aspectos formalistas da sistematização das regras e normas jurídicas, com foco no ordenamento jurídico e suas relações internas, somado ao enfoque hermenêutico interpretativo, que busca compreender as condutas humanas por meio da atividade discursiva interpretativa. Após a realização do estudo, concluiu-se que a legislação retira dos provedores a responsabilidade objetiva por danos causados por terceiros através de suas páginas ou websites, e lhes atribui responsabilidade subsidiária apenas em casos omissivos, nos quais, cientes do conteúdo ofensivo, permanecem inertes em vez de retirar o material ilícito do ar ou bloquear seu acesso.

Palavras-chave: Sociedade da Informação; Marco Civil da Internet; Lei 12.965/2014; Responsabilidade Civil; Provedores de Aplicação.

Abstract: In this paper, we discuss the Law 12,965/2014, especially as regards the allocation of responsibilities of Internet providers for third party act, which has become increasingly common over the possibility of access to content for many illegal and offensive times. Due to the great power that focuses on Internet providers means necessary to study its role in relation to its liability as the offenses committed by third because if each and every type of responsibility is

assigned to providers who provide content services such as applications, is questioned which would be the impact on the economic development of the internet. Therefore, we sought the origin of certain immunity created to providers, which occurred with the American policy followed by European and adopted also in Brazil, however, more than two decades later, with the enactment of the Brazilian Civil Rights Framework for the Internet. The methodology of the article is based on the analytical technique, in which the formalistic aspects of the systematization of legal rules and norms, focusing on the juridical order and their internal relations are evaluated, together with the interpretive hermeneutic approach, which seeks to understand human conduct through Of the interpretive discursive activity. After the study described above it was concluded that, to decrease the demands in mass in the face of providers created a comfort zone for providers, which originated in the American policy in the nineties, which was followed by European directive in 2000, and also by Brazil in 2014. This safe harbor created to the providers takes out any strict liability for damage caused by third parties through your page or website, and assigns subsidiary liability, failure to act only in cases in which, aware of the offensive content, remain inert to remove the illegal material from the air, or block its access.

Keywords: Information Society; Brazilian Civil Rights; Framework for the Internet; 12,965/2014 Law; Responsibilities; Internet Service Providers.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo a análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicações

relacionada a ato ilícito de terceiro, que é tratada na recente Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, denominada Marco Civil da Internet. Em uma primeira leitura, essa lei aparenta ser uma medida protetiva das sociedades empresárias em favor do usuário, haja vista a relativização do princípio da reparação integral, consagrada pela responsabilidade civil no Direito brasileiro, seja através do Código Civil, seja por meio das leis consumeristas que levam em conta a hipossuficiência e a vulnerabilidade dos consumidores-usuários da rede.

No Código de Defesa do Consumidor, em regra, a responsabilidade civil é objetiva e somente pode ser afastada se houver uma das três excludentes previstas: inexistência do dano, ato exclusivo de terceiro ou culpa exclusiva do consumidor, sendo que esse último sempre poderá acionar judicialmente o provedor – o qual é mais fácil de identificar, e também é economicamente mais favorecido que o usuário quando do ressarcimento de danos; mesmo no caso de não se tratar de relação de consumo, ainda assim, aplica-se a responsabilidade objetiva nas hipóteses previstas nos artigos 927 e 933 do Código Civil, como será analisado. Tendo em vista o conteúdo trazido pelo artigo 19 do Marco Civil da Internet e a aparente proteção dada aos provedores, este artigo analisa a nova posição acerca da responsabilidade trazida pela referida inovação legal. São abordados os aspectos jurídicos dos provedores da internet, apontando qual seu efetivo papel na responsabilidade por atos ilícitos causados por terceiros aos usuários da rede.

A metodologia do artigo fundamenta-se na técnica analítica, na qual são avaliados os aspectos formalistas da sistematização das regras e normas jurídicas, com foco no ordenamento jurídico e suas relações internas, somado ao enfoque hermenêutico interpretativo, que busca compreender as condutas humanas por meio da atividade discursiva

interpretativa. Segundo Gustin e Dias, “a interação entre esses modelos dá-se por meio de um processo dialético de inclusão/complementação/distinção.”³

2. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações por ato de terceiro na Lei 12.965/14.

Preliminarmente, cabe lembrar o que é o provedor de aplicações, definido no artigo 5º, VII do Marco civil: “aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.⁴ Em outras palavras, segundo Rocha,⁵ o provedor de aplicações proporciona ao usuário serviços de diversas funções, tais como armazenamento de dados, serviços de mensagens eletrônicas, disponibilização de conteúdos, acesso à informação. Dessa forma, pode-se dizer que o provedor de aplicações oferece serviços e conteúdo, mas não o acesso à internet.

Através da definição acima, denota-se que o provedor de aplicações engloba todos os provedores que prestam serviços, tais como o provedor de correio eletrônico, de conteúdo, hospedagem etc. Dessa forma, não houve uma definição clara da lei, sendo ainda necessária, portanto, a subdivisão estudada no item anterior para que se possa atribuir a responsabilidade civil aos provedores de aplicações. Rocha,⁶ ao comentar sobre o assunto no que toca à

3 GUSTIN, Miracy B.S.; DIAS, Maria Teresa Fonseca. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica*. 2.ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

4 BRASIL, 2014.

5 ROCHA, Francisco Ilídio. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiro. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

6 Ibidem.

responsabilidade civil dos provedores de aplicações, ressalta que é necessário o estudo mais acurado de determinadas situações: responsabilidade civil decorrente de prática de crime por preposto ou pela participação no produto do crime, leilões virtuais, provedores de ferramentas de busca e de informação, e provedores que exercem controle editorial. Vale ressaltar neste ponto, os provedores de busca e de informação. Nos dizeres de Rocha:

Um mecanismo ou ferramenta de busca (ou pesquisa) pode ser definido como um complexo conjunto de programas que possibilitam a realização de busca de páginas e conteúdos na internet permitindo ao usuário destes mecanismos, em regra, através de oferecimento de palavras-chaves ou tags, encontrar seu objeto de interesse na imensidão de dados que somente se amplia no ciberespaço. Tais ferramentas de busca, no caso do Google, funcionam como uma legião robótica freneticamente, visitando e vasculhando páginas disponíveis na Rede Mundial de Computadores.⁷

Através dessa definição e de acordo com o entendimento que já vinha sendo utilizado pela doutrina e jurisprudência, em tese, a ferramenta de busca não tem qualquer controle de editoração, monitoramento ou seleção de dados, de modo que não lhe caberia responsabilidade civil nos casos de ocorrência de ato ilícito, ainda que facilite o acesso a conteúdo ofensivo. Nesse sentido andam as decisões das cortes brasileiras. Como menciona Rocha,⁸ em um julgado do STJ, apurou-se que não poderia o provedor de busca ser responsabilizado somente por facilitar o acesso, ainda que a conteúdos indesejados.⁹ A ação foi proposta por Xuxa Meneguel

7 ROCHA, 2014, p. 825.

8 Ibidem.

9 “Civil e consumidor. Internet. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de pesquisa. Filtragem prévia das buscas. Desnecessidade. Restrição dos resultados. Não-cabimento. Conteúdo público. Direito à informação. 1. A exploração comercial da

contra o Google. A autora pretendia ver a condenação do provedor, forçando-o a retirar do ar material cujo conteúdo ofendia os direitos da personalidade da requerente (a busca

Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. 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, limitando-se a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. 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. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. 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. 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido”. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.316.921-RJ 2011/0307909-6*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2011.).

trazia resultados para a pesquisa com a expressão “Xuxa pedófila”). A alegação da demandante era de que somente era possível chegar aos conteúdos eróticos que lhe diziam respeito porque a empresa Google promovia essa facilitação pois, no imenso mundo da internet, sem essa ferramenta, jamais seria possível alcançar o resultado.

Nas suas considerações, a relatora, apesar de entender que incide sobre o caso concreto o regramento contido no Código de Defesa do Consumidor às relações ocorridas entre os usuários e provedores, mesmo que por serviços gratuitos – na verdade, trata-se de uma falsa gratuidade, já que existe remuneração indireta –, considerou que a filtragem do conteúdo não pode ser entendida como serviço defeituoso, previsto no art. 14 da lei consumerista:

Assim, os provedores de pesquisa devem garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários e das buscas por eles realizadas, bem como o bom funcionamento e manutenção do sistema. No que tange à filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. Conforme anota Rui Stocco, quando o provedor de Internet age “como mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem sobre elas exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros” (Tratado de responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 901).¹⁰

Para ela, na fundamentação de seu voto, não poderia o provedor de busca exercer a atividade subjetiva de julgar o que seria material ofensivo, e se a página possui tal tipo de conteúdo. Cabe exclusivamente ao ofendido tomar providên-

10 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2011.

cias para a sua exclusão, de modo que é impossível delegar à máquina (provedor de busca) a tarefa de julgar o conteúdo ilícito existente em um site de conteúdo. Ou seja, como alerta Rocha,¹¹ a responsabilidade, em última instância, não é do provedor de busca, mas sim do provedor de conteúdo, pois, como já visto acima, esse, sim, tem a possibilidade de efetuar edição prévia e monitoração do conteúdo a ser disponibilizado, salvo os casos de troca instantânea de mensagens (fóruns de discussões e salas de bate-papo).

Se, para a ação direta dos provedores, a sua responsabilização só corre nos termos até aqui colocados, quando o ato é praticado por terceiro, maior cautela se deve dar ao tratamento dos conteúdos ofensivos colocados na rede. Nos dizeres de Rocha:

Na seção III da Lei 12.965/2014, é possível identificar duas situações das quais decorrem a responsabilidade civil em razão do conteúdo gerado por terceiros. A primeira é derivada da omissão em tornar indisponível conteúdo infringente que é assim considerado desde a ordem judicial (art. 19, *caput*). A segunda deriva da omissão de dever de tornar indisponível qualquer conteúdo que contenha cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado (pornografia de vingança) desde o recebimento de notificação de um dos participantes da cena ou de seu representante legal, independentemente de ordem judicial¹².

Em prol da liberdade de expressão, o artigo 19 do Marco Civil da Internet entendeu por bem responsabilizar o provedor de aplicações somente em caso de inércia para retirar conteúdo ofensivo do ar após intimação judicial. Segundo Anderson Schreiber,¹³ a tão falada liberdade de

11 ROCHA, 2014.

12 ROCHA, 2014, p. 830 e 931

13 SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa

expressão, que parece funcionar como aliada na internet, parece frustrante quando se analisam as redes sociais mais acessadas do mundo (Facebook, Twitter, Instagram). Diz o mencionado autor que a esperada participação em discussões proveitosas fica restrita a atitudes minimalistas como “curtir” e “compartilhar”. Há a participação também como forma de desabafo público no ciberespaço que, às vezes, conduz a atos radicais e extremos. Schreiber traz como exemplo o clima das eleições presidenciais que, no seu entender, permanece até os dias atuais, após atravessarmos o processo de *impeachment*. É nesse sentido, reforça Schreiber, que esse tipo de cenário afeta a essência da liberdade de expressão:

A ideia de que a internet é um espaço de máxima liberdade – imune, por sua ausência de base geográfica, a controles normativos ou governamentais – contribui, em certa medida, para as novas formas de opressão, como *bullying* virtual e o chamado *hate speech*, revelando o que tem sido chamado de “*dark side*” das redes sociais: seu crescente papel na propagação do ódio.¹⁴

Necessário se faz entender, portanto, que a liberdade de expressão não pode existir de tal forma que se exerça sem qualquer cuidado em não ofender os demais usuários. Segundo Schreiber, ela não pode ser autofágica – ir contra si mesma –, e não deve, igualmente, deixar a internet longe das normas do Direito. A tentativa de inserir a liberdade de expressão e os comportamentos da internet nas regras que a disciplinam não pode ser entendida como meio de mitigar seu exercício; afinal, como afirma Schreiber: “a internet não pode ser uma bolha de irresponsabilidade dentro da vida em sociedade”.¹⁵

Pereira. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014*, Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

14 SCHREIBER, 2015, p. 281.

15 *Ibidem*, p. 283.

Diante desse quadro de comunicação telemática, e de tudo que já foi aqui apresentado, mormente no que diz respeito às decisões dos tribunais a respeito da responsabilidade dos provedores, demonstrou-se que os julgamentos tendiam a abandonar a tese de irresponsabilidade das empresas proprietárias das redes sociais e sites de relacionamento. Assim como nos EUA antes do advento do *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), os provedores, aqui no Brasil, de um modo geral, eram responsabilizados,¹⁶ ora pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 14, ora em face do art. 927 do Código Civil, nos casos em que não se tipificava relação de consumo entre as partes. Ainda conforme Schreiber, mesmo diante do reconhecimento da dificuldade em monitorar o conteúdo a ser divulgado na rede, a tendência dos tribunais brasileiros já acolhia o entendimento de que os provedores deveriam ser responsabilizados pelos danos causados por conteúdo lesivo causados por terceiros.¹⁷ As decisões dos tribunais, nos dizeres de Schreiber:

não concluíam, em sua maioria, pela irresponsabilidade das empresas, mas sim, por uma espécie de responsabilidade *condicionada*, deflagrada tão somente a partir do momento em que, comunicada da existência do material lesivo, deixava de adotar providências para retirar referido material de seu site. [...] Por essa via transversa, começou a adentrar à realidade brasileira a chamada teoria do *notice and take down*. Inspirada no *Digital Millenium Copyright Act*, a referida teoria nasce no campo do direito autoral, para criar uma espécie de exceção à responsabilidade por violação de direitos autorais na internet, assegurando imunidade aos provedores que

16 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.308/RS*, j. 8 maio 2012; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Apelação cível nº 0006047-50.2009.8.19.0040*, Rel. Des. Benedicto Abicair, j. 1 dez. 2009.

17 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.117.633/RO*, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 9 mar. 2010; TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Apelação cível nº 2008.001.04540*, Rel. Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto, j. 25 mar. 2008.

atendessem prontamente à notificação do ofendido para a retirada do material impróprio (grifo do autor).¹⁸

Essa assertiva vem ao encontro de tudo o que já foi aqui apontado e, principalmente, ao que será visto com maior profundidade no item 3.4 deste trabalho, que busca saber qual a origem da imunidade dos provedores, que foi criada nos idos de 1990 nos EUA. Assim, o sistema de notificação e retirada do material impróprio, em tese, poderia dar lugar à ofensa ao direito de reparação integral da vítima, haja vista que o provedor somente seria responsabilizado em casos de inércia, mas entende Schreiber que,¹⁹ na prática, essa imunidade poderia servir de estímulo para uma atuação mais ativa dos empresários proprietários das redes sociais na retirada do conteúdo ilícito da rede.

Mesmo com o sistema de *notice and take down*, deve haver cautela. Conforme será demonstrado no item a seguir, em total acordo com o que descreve Schreiber: “nos EUA, a notificação deve conter requisitos mínimos (identificação do conteúdo violador de direitos autorais, dados de contato do notificante etc.)”.²⁰

Assim, segundo o que dispõe o art. 19 da Lei 12.965/14, todas essas orientações jurisprudenciais, à primeira vista, cessariam de valer diante da nova redação do artigo 19 do Marco Civil, pois o provedor de aplicações é protegido de responder pelo conteúdo ilícito que hospeda, mesmo após comunicação extrajudicial com o intuito de retirada do conteúdo ofensivo do ar. Portanto, a vítima que teve seu direito da personalidade atingido deverá procurar, obrigatoriamente, as vias judiciais para resolver seu

18 SCHREIBER, 2015, p. 286.

19 Ibidem,

20 Ibidem, p. 288.

problema. É o que prevê o artigo 19 da mesma lei,²¹ ou seja, 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. No mesmo entendimento, Guilherme Magalhães afirma:

embora baseado na prevalência dada à liberdade de expressão pela Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, o Marco Civil entra em choque até mesmo com o atual contorno da Internet nos EUA, onde atualmente se discute a aprovação de regras de proteção de dados pessoais introduzidas pelo governo Obama. Para promover a liberdade de expressão, o Marco Civil busca neutralizar qualquer papel que os intermediários do conhecimento e informação em circulação na Internet possam desempenhar na preservação de direitos. A premissa fundamental é a de que os intermediários – como Youtube e o Facebook – não devem ter qualquer dever de velar pela razoabilidade e responsabilidade dos seus usuários, pois isso violaria a liberdade de expressão. (Marco Civil da Internet)²²

Ao discorrer sobre a judicialização do sistema no Marco Civil da Internet, Carlos Afonso de Souza assevera que:

Sendo assim, o Marco Civil da internet, como visto, opta pelo entendimento de que a responsabilidade dos provedores de aplicações de internet deve ser de natureza subjetiva e assim, está em

21 “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.” (BRASIL, 2014)

22 MARTINS, 2014, p. 327.

consonância com a linha jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, dentro do entendimento pela responsabilidade subjetiva, existem sutilezas cruciais para o desempenho das funções atuais da internet e de seus agentes e, nesse particular, o Marco Civil se divorcia do rumo adotado pelo STJ e determina a responsabilização dos provedores não pela ciência gerada por mera notificação da vítima, mas sim, pelo eventual descumprimento de ordem judicial.²³

Há que se concordar com o posicionamento dos mencionados autores, pois a Lei norte-americana sobre regulação de responsabilidade dos provedores de internet data de 1990, quando foi considerada obsoleta para a época, tendo sido copiada, mais de vinte anos depois, para o sistema brasileiro que já se mostra, além de deficiente, ultrapassado diante das transformações constantes e em velocidade quase inatingível da sociedade da informação. Diante do quadro de imunidades criado pela Lei 12.965/14, com base nas diretivas americana e europeia, este trabalho busca a origem de tal proteção concedida pelas normas.

2. Imunidade dos provedores de internet

Nos últimos dez anos, com o “boom” do crescimento de usuários da internet, aumentou também a probabilidade de os provedores de serviços on-line serem responsabilizados por ato de terceiros. Os provedores de serviços, nos EUA e na União Europeia, são divididos em três principais categoriais: *on-line service providers* (OSP) – também chamados de intermediários da internet; *internet service*

23 SOUZA, Carlos Affonso Pereira. Responsabilidade Civil dos Provedores de acesso e aplicações de internet: Evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 812.

providers (ISP)²⁴ e *user generated content* (UGC). O UGC será usado para se referir aos operadores que oferecem serviços intermediários baseados em conteúdo de terceiros, incluindo compartilhamento de plataformas, comércio on-line, sites de *torrent*, serviços de blogs, transmissões e outros agregadores.²⁵

Esse cenário fez com que surgisse a imediata necessidade de se criar um panorama legal para proteger os provedores de serviço de internet dos atos ilícitos praticados por terceiros, de uma eventual responsabilidade ilimitada. Isso porque a natureza transnacional da rede e a difusão massiva de imagens, vídeos e outros tipos de comunicação que podem ser colocados nas *webpages* dificultam a identificação dos indivíduos responsáveis por atos ofensivos cometidos na rede. Por essa razão, começam a surgir problemas concretos de identificação do causador do ato ilícito e, nesse momento, aparecem os provedores de internet. Juntamente com a explosão de manifestações de opiniões na rede e a quase impossibilidade de se descobrir o terceiro causador dos danos, levanta-se a questão de quando seria possível configurar a responsabilidade do provedor de internet ou de seu real autor.

A primeira tentativa de neutralizar a responsabilidade dos provedores de internet aconteceu em 1996, através da *Copyright Treaty* da World International Property Organization (WIPO),²⁶ que sugeriu que os provedores

24 ISP é usado para se referir em sentido amplo aos intermediários on-line, incluídos os websites UGC e, agora, largamente usado para definir o operador técnico que dá acesso à internet (FARANO, 2012, p. 2).

25 Agregador de conteúdo é um site ou programa que recolhe itens relacionados de conteúdos e os exhibe, ou faz o link para eles.

26 WORLD INTERNATIONAL PROPERTY ORGANIZATION. *WIPO Copyright Treaty (WCT)*. Disponível em: <<http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/>>. Acesso em: 11 set. 2015.

on-line não deveriam ser diretamente responsabilizados por simplesmente promover e facilitar a comunicação aos terceiros infratores. Também o *Communications Decency Act* (CDA) e o Digital Millennium Copyright Act (DMCA) foram aprovados nos anos de 1996 e 1998, respectivamente, nos EUA, sendo que, na Europa, a *E-commerce Directive* foi adotada apenas no ano 2000.

Tais regulamentos tinham o condão de limitar a responsabilidade de atos ilícitos causados por terceiro, para garantir eficiência e variedade na economia da internet.²⁷ Isso porque é claro para todos que os serviços de provedor de internet têm papel essencial ao garantir às pessoas ao redor do mundo que se comuniquem, expressem suas opiniões e compartilhem informações somente com alguns cliques no *mouse*. Portanto, o grande problema que se enfrenta hoje em dia é conseguir esclarecer a responsabilidade extracontratual na qual os ISPs incorrem na ocorrência de ilícitos digitais. Assim, as supramencionadas leis vieram para estabilizar as condições segundo as quais os provedores não podem ser responsabilizados por ilícitos cometidos por terceiros na rede.

No ano de 2012, houve um fórum realizado pela iniciativa conjunta da Faculdade de Direito de Stanford e da Universidade de Direito de Viena acerca do assunto. Nele se discutiram as responsabilidades dos provedores da internet nos Estados Unidos da América e na União Europeia, suas divergências e semelhanças. Nesse fórum, Béatrice Martinet Farano realizou um estudo²⁸ tendo em vista as crescentes

27 Vide FEDERICO, Catarina. Intermediary liability. The "Achilles' heel" of the current legislation: the courts. A comparative analysis with the U.S, focusing on copyright infringement. *Diritto Mercato Tecnologia*. 13 maio 2015. Disponível em: <<http://www.dimt.it/2015/05/13/intermediary-liability-the-achilles-heel-of-the-current-legislation-the-courts-a-comparative-analysis-with-the-u-s-focusing-on-copyright-infringement/>>. Acesso em: 11 set. 2015.

28 FARANO, 2012.

dificuldades que as responsabilizações dos provedores vi-
nham trazendo quanto à interpretação das normas ao novo
cenário econômico que surgiu nos últimos dez anos com a
digitalização da sociedade da informação. Segundo Farano,
o estudo por ela realizado:

Pretende mostrar, depois de uma curta introdução (parte1), que,
embora o quadro jurídico que regula a responsabilidade dos
intermediários de internet na Europa e nos Estados Unidos seja
globalmente consistente (parte 2), sua interpretação, todavia,
pelos EUA e diferentes tribunais na Europa foi muito diferente
(parte 3). A última parte desse estudo oferece um breve esboço
das reformas recentemente introduzidas e dos projetos de lei de
direitos autorais na Europa e nos Estados Unidos.²⁹

A partir da análise do trabalho realizado no fórum
que apontou o desenrolar dos julgamentos acerca da
violação de direitos nos Estados Unidos e na Europa sobre
a responsabilidade dos provedores de Internet, é que se
pretende comparar o caminho que tomou a Lei brasileira
do Marco Civil da Internet, ou seja, se seguiu os mesmos
trilhos das leis alienígenas, ou se seguiu caminho diverso.
Para melhor compreender a sistemática da responsabilidade
dos provedores, passa-se a analisar sua responsabilidade
secundária. Com o crescimento econômico proporcionado
pela Internet, veio, por outro lado, um maior número de
provedores da internet, que começaram a oferecer uma
gama maior de serviços, como por exemplo, as plataformas
de compartilhamento de músicas e vídeos, mercados online,
e compartilhamento de dados entre computadores – *peer-to-*

29 Original: "Purports to show, after a short introducing (Part 1) that although the legal framework regulating Internet intermediaries' liability in Europe and in the United States is globally consistent (Part 2), its interpretation by U.S. and different courts in Europe has however been very different (part 3). The last part of this study offers a brief outline of the recently legislated and draft reforms of copyright law in Europe and in the U.S." (FARANO, 2012, tradução nossa, p. 2)

*peer*³⁰. Cabe aqui breve comentário sobre esse sistema. Hoje em dia, na chamada web 2.0, o compartilhamento de dados se tornou um fenômeno global, pois a nova web gira em torno de comunidades, de participação e de fácil manipulação, entendido no sentido que explicam Cunha, Marin e Sartor:

Como usuários, com o poder da multiplicação da computação e a proliferação de ferramentas fáceis de usar, a Internet está evoluindo para uma vida global onde qualquer um pode programar. 'Programação' aqui deve ser entendida no sentido mais amplo, incluindo qualquer forma de 'escrever' na web: *upload* textual ou conteúdo de multimídia em repositórios online, criando seu blog pessoal e ligando-o a outros blogs ou páginas, criando uma imagem e estabelecendo conexões com colegas em uma rede social, participando de empresas colaborativas destinadas à produção de software ou trabalhos de autoria.³¹

Necessário citar, portanto, os famosos casos do Napster (1990) e do Kazaa (2001), que possibilitavam um compartilhamento, sem precedentes, de coleções de música de graça. Em 2001, o software Kazaa foi criado para compartilhar e fazer *download* de músicas (de forma gratuita ou quase gratuita). Conforme Goldsmith e Wu:

Na virada do século, a oportunidade de aproveitar o excedente da Internet veio de um dormitório de universidade. Shawn Fanning, um estudante de dezoito anos de idade, apelidado de "Napster"

30 Esse tipo de compartilhamento de arquivos possibilita uma distribuição muito mais ampla de obras, que antes eram limitadas apenas a um pequeno grupo.

31 "As users and computing Power multiply, and easy-to-use tools proliferate, the Internet is evolving into a global, living, networked computer that anyone can program. 'Programming' here needs to be understood in the broadest sense, including any way of 'writing' the web: uploading textual or multimedia content in online repositories, creating one's personal blog and linking it to other blogs or pages, creating one's image and establishing connections with one's fellow in a social network, participating in collaborative enterprises aimed at producing software or works of authorship." (CUNHA; MARIN; SARTOR, 2012, p. 50-67, tradução nossa)

escreveu um programa que representou um grande e novo desafio para a indústria de gravação – o primeiro programa fácil de compartilhamento de músicas.³²

Esses sites começaram, pois, a esbarrar nas leis de direitos autorais das gravadoras. Isso trouxe o aparecimento de uma gama de demandas contra os provedores da Internet sem precedentes. Além disso, todo conteúdo, seja fotografia, vídeo, mensagem de voz ou escrita, além de ser capaz de infringir direitos autorais e de propriedade industrial, pode ser conteúdo difamatório, conter cenas de abuso sexual infantil, ofender leis civis e criminais, incitar a discriminação racial, o ódio, etc. Daí a razão da necessidade, urgente, de se estudar até onde pode ir a responsabilidade dos provedores de internet, ou até que ponto devem ser imunes.

Os primeiros regramentos surgiram, então, no sentido de proteger os intermediários da internet, para afastar a responsabilidade dos provedores por ato de terceiros e diziam respeito apenas a exceções de responsabilidade no que abarca os direitos autorais e a propriedade intelectual. No Reino Unido, a matéria que trata sobre direitos autorais e direito de patentes vem tratado na “*Copyright Designs and Patentes Act*” (CDPA) de 1998. Seus artigos 17 (1) e 17 (6), de acordo com o que relatam Edwards e Waeld, afirmam:

Copiar [...] significa reproduzir o trabalho em qualquer forma material. Isso inclui armazenamento de trabalhos em qualquer meio eletrônico. Além disso, a seção 17 (6) do CDPA diz que copiar

32 Original: “At the turn of the century, the first major attempt to seize the Internet surplus came from a college dorm. Shawn Fanning an eighteen-year-old student nicknamed ‘the Napster’ wrote a program that represented an entirely new kind of challenge to the recording industry’s business model – the first easy- to use filesharing program to make mass distribution of music free.”. (GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. *Who controls the internet: Illusions of a borderless world*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 121, tradução nossa)

inclui a realização de cópias que são transitórias ou incidentais a qualquer outro uso do trabalho. Portanto, mesmo que a cópia seja temporária, parece que os direitos de autor serão violados se não houver autorização.³³

A seção 20, artigo 3, trata da ocorrência de violação aos direitos autorais nos casos em que o material é divulgado para o público, de modo que possa ser acessado a qualquer hora e em qualquer lugar, de forma individual. Todavia, a questão que surge é dos casos em que se trata de *caching*, quando, necessariamente, uma parte da página ou seu todo são copiados, o que deve ser entendido como conteúdo divulgado para o público. A Corte Europeia de Justiça deu seu parecer no julgamento do caso *SGAE x Rafael Hotels*.³⁴ entendeu que, até mesmo subconjuntos limitados do público, inclusive aqueles que estão desconectados da internet, podem levar o conteúdo a público. Também é irrelevante se o usuário que faz a busca clica ou não no link que lhe foi fornecido; basta que seja possível que o público possa acessá-lo. Nesses casos, se a divulgação não tiver sido autorizada e o conteúdo for tornado público, considerar-se-á que houve violação aos direitos autorais pelo *Copyright Designs and Patents Act*.

Diante da definição do que se entende por material público, adentraremos no estudo da responsabilidade dos

33 Original: "[...] 'copying [...] means reproducing the work in any material form. This includes storing the work in any medium by electronic means'. Moreover, section 17(6) CDPA provides that 'copying [...] includes the making of copies which are transient or are incidental to some other use of the work'. Therefore, even if the copying is temporary, it is likely that copyright will be infringed if there is no authorization." (EDWARDS, Lilian; WAELD, Charlotte. *Law and the Internet*. 3. ed. Oxford, Portland and Oregon: Hart, 2010, p. 211, tradução nossa)

34 Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA [2007] ECDR 2 (SGAE). Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-306/05/>>. Acesso em 20.jul.15

intermediários de internet, que promovem e facilitam a busca na rede, bem como dos provedores que possibilitam fazer *links* e *deep links* com outras páginas. Assim, da mesma forma que nos casos de links facilitados dos provedores de conteúdos ilícitos, como no caso da difamação, discute-se a responsabilidade dos intermediários quanto ao fornecimento de ferramentas de busca e *hyperlinks* a materiais que sejam protegidos pela lei dos direitos autorais, com sua possível violação. No mesmo sentido do entendimento da ocorrência da difamação, o conhecimento do intermediário (*hyperlinker* ou ferramenta da busca) é condição necessária para que seja responsabilizado pela pirataria. Em regra, o consenso é de que os infratores são os usuários do link. Assim, fica afastada a possibilidade de responsabilizar os provedores por violação de direito autoral secundário, em relação à pirataria daqueles que usam o link, salvo se o provedor tiver conhecimento de que o conteúdo é ilegal, ou que desencadeou atividades ilícitas.

O ponto crítico, nesse caso, é o que se considera notificação para o conhecimento de existência de violação dos direitos autorais por parte dos intermediários. Após julgamentos de dois casos alemães acerca do conhecimento do provedor de material ilegal, chegou-se à conclusão de que a necessidade de retirada ou inacessibilidade ao conteúdo ilícito pode vir pelo anúncio de um terceiro; todavia, deve-se levar em conta a acessibilidade do site (ilegal) vinculado ao *hyperlinker* por outros meios, assim como a importância desse como ferramenta organizadora de informações na internet.³⁵

Conforme se verificou ao longo do texto, a internet se tornou um ambiente propício, poderoso e facilitador para espalhar os discursos de ódio, conteúdos difamatórios,

35 OLG München, 23 October, 2008 Az/29 U5696/07 e BGH, 1 April 2004, Az IZR 317/01.

ofensivos e de preconceito. O testemunho falso sobre alguém, escrito em um *website*, numa sala de bate-papo ou em uma correspondência eletrônica, é chamado pela doutrina americana, especificamente, de libelo (*libelous*).³⁶ O envio de um *e-mail*, por exemplo, com conteúdo difamatório, de uma pessoa A para a pessoa B, tem diferentes interpretações nas leis dos diversos países. Cabe ressaltar que, em alguns deles, o simples envio da correspondência não será considerado como publicação de conteúdo ofensivo, enquanto em outros, sim. Parece ficar fácil, segundo aponta Edwards e Waeld,³⁷ para um usuário desavisado e pouco cuidadoso achar que está respondendo ao *e-mail* apenas para o autor da mensagem, quando, na verdade, ele pode estar respondendo para um grupo todo do qual faz parte. O dano, nesse caso, já seria bastante considerável.

3. Julgados Americanos e Europeus sobre Responsabilidade decorrente de publicações na Internet

Nos tempos de internet, com publicações on-line acessível para todos os usuários, fica difícil assegurar onde exatamente seu conteúdo será publicado ou lido, mesmo que se tome toda a cautela necessária. A lei inglesa, por exemplo, considera a difamação na rede como crime imprescritível, uma vez que ele sempre poderá ser relido ou reeditado, ou compartilhado. Mesmo sob fortes críticas do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que defende que tal regramento afeta a liberdade de expressão on-line, a

36 CASEY, Timothy D. *ISP Liability Survival Guide: Strategies for Managing Copyright, Spam, Cache, and Privacy Regulations*. New York: Wiley, 2000.

37 EDWARDS; WAELD, 2012.

Inglaterra vem mantendo a responsabilização do autor como imprescritível. Diferentemente, a lei americana considera a publicação como única e, portanto, a prescrição ocorre a partir de um tempo determinado, a contar da data da sua publicação.

Diante da publicação de um conteúdo ofensivo, a vítima poderia processar não só o difamador original, o provedor de conteúdos, como também o intermediário (o provedor de serviços de internet - ISP - ou *host*), que é aquele que transmite as palavras para a rede, enquanto o autor do dano, ou seja, o ofensor que atua por detrás da máquina, já poderia estar foragido, ou protegido pelo manto do anonimato ou do perfil falso. Foram discutidas, cansativamente, as responsabilidades dos provedores da internet pela doutrina americana e inglesa, na metade dos anos 1990, principalmente nos casos “*Compuserve x Cubby*”³⁸ e “*Stratton Oakmont x Prodigy*”³⁹ que, juntos, deram origem a uma regra geral para os ISP, de que estes deveriam exercer um caráter mínimo de filtragem dos conteúdos gerados por terceiro, que seriam por eles publicados, para que não fossem responsabilizados pelos conteúdos como autores do dano. Assim, sob a confecção do *Defamation Act* de 1996, esboçou-se uma defesa especial aos ISPs, de proteção nos casos de disseminação inocente de conteúdo ofensivo.

Com a rede das redes (web 2.0), acabou-se por concluir que a responsabilização pode recair sobre blogs, jornalismo

38 WORLD PUBLIC LIBRARY ASSOCIATION, *Project Gutenberg Self-Publishing Press*. Disponível em: <http://self.gutenberg.org/articles/cubby,_inc._v._compuserve_inc>. Acesso em: 02 nov. 15.

39 SIDERITS. Mattheu C. Defamation in Cyberspace: Reconciling Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc and Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co. *Marquette Law Review*, v. 79, n. 4, Summer 1996. Disponível em <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1557&context=mulr>>. Acesso em: 02 nov. 15.

on-line, diários de manutenção, ou até mesmo sobre comentaristas amadores, bem como comentaristas em redes sociais, como Facebook ou Twitter, igualmente como pode recair sobre um jornalismo convencional. Travou-se uma discussão, em alguns estados norte-americanos e também na Europa, sobre o fato de o privilégio do jornalista em publicar uma informação de interesse público não estar sendo igualmente aplicado aos jornalistas que publicam conteúdos na rede.

A Corte europeia, no julgamento do caso inglês *Loutchansky x Times*,⁴⁰ entendeu que o privilégio dado a um jornalista que publica em papel não pode ser dado àquele que publica conteúdos on-line. Isso porque as publicações na rede são imediatas e não têm tanto interesse público como as publicações feitas em papel e, também, pelo fato de se encontrarem em arquivos físicos, sendo menos perecíveis do que as publicações on-line, razão pela qual devem ser o mais verossímil possível, o que nem sempre acontece na rede. Ainda segundo Edwards e Waeld,⁴¹ tal decisão gerou uma falsa e perigosa percepção de que os informativos on-line seriam menos sérios do que os escritos, o que prejudicaria gravemente a liberdade de expressão:

Isso é uma percepção errada e perigosa: na medida em que a publicação on-line e a imprensa tornam-se simultâneas, o conceito de “arquivo” versus “jornal de hoje” desaparece e, mais ainda, conforme a cópia impressa em si começa a desaparecer. Finalmente, vale a pena notar que os caso inglês e o ECHR não abordam se o privilégio qualificado poderia ser reivindicado por um blogueiro amador em oposição a um jornalista profissional: em princípio, não parece haver nenhuma barreira legal, mas os rigores do teste de Reynolds podem torná-lo uma parede difícil de escalar para

40 *LOUTCHANSKY v Times Newspapers*. *Out-Law.com*. [20--]. Disponível em: <<http://www.out-law.com/page-8703>>. Acesso em: 02 nov. 15.

41 *Ibidem*.

o amador, apesar da crescente importância dos blogs políticos e investigativos.⁴²

Nos casos das redes sociais, como Facebook (cuja responsabilidade é bastante profunda), por exemplo, Edwards e Waeld questionam como fica a questão da privacidade diante de um compartilhamento gratuito de informações, e se a defesa dos réus não se baseará nos discursos de liberdade de expressão, e como as cortes tratarão as demandas que pedirão indenização por difamação e quebra de privacidade. Entendem que, nas redes sociais, haverá uma grande colisão entre a liberdade de expressão e os casos de difamação e direito à privacidade, já que o direito de falar sobre sua vida, mesmo que envolva terceiros, é a grande caixa de toque do “boom” do *user generated content* (UGC). Finalizam dizendo que tudo vai depender do tipo de conteúdo divulgado; se não há privacidade a quebrar, não há que se falar em dano e, muitas vezes, o que pode ser considerado privado vai ficar sob a liberalidade dos tribunais.

Citando um julgado francês, Rowland, Kohl e Charlesworth analisam um caso em que a filial francesa do Yahoo foi responsabilizada por fazer o hyperlink com o Yahoo dos Estados Unidos em razão da existência de um site com conteúdo ilegal através do qual terceiros ofereciam coisas que faziam lembrar o nazismo (*Nazi memorabilia*), o que é proibido pela lei francesa. O julgamento foi diferente

42 Original: “This is an increasingly wrong and dangerous perception: as online and hard copy publication become simultaneous, the concept of ‘archive’ versus ‘today’s paper’ disappears, and even more so as hard copy itself begins to vanish. Finally, it is worth noting that the English and ECHR cases do not address whether qualified privilege could be claimed by an amateur blogger as opposed to a professional journalist: in principle there seems no legal bar but the stringencies of the Reynolds test may make it a difficult wall to climb for the amateur, despite the increasing importance of political and investigative blogging.” Ibidem, p. 77.

do caso canadense em que o Yahoo foi inocentado por fazer link com páginas de conteúdo ofensivo, sob a alegação de que um *hyperlinker* deve ser comparado a uma nota de rodapé;⁴³ nele existe referência a uma fonte diferente, não podendo ser responsabilizado o provedor que facilita o acesso à página com conteúdo difamatório.

Diante da diversidade de julgamentos e opiniões, Rowland, Utah e Charlesworth perguntam se o conhecimento do *site* que faz os links (*hyperlinker*) sobre o material ilícito que endossa fazendo a ligação não deve mesmo ser responsabilizado, deixando de ser visto apenas como um ponto neutro. Entendem os autores que sim: “Em outras palavras, o conhecimento do ato ilícito, juntamente com quaisquer atos de endosso, pode expor o *hyperlinker* à responsabilidade”.⁴⁴

Todavia, no caso de sites de busca, dizem que ficaria difícil responsabilizá-los por fazerem o link com sites de conteúdo difamatório, dada sua natureza automática de oferecimento de conteúdo, e é o que parece nos julgamentos que vêm acontecendo em demandas contra os provedores que disponibilizam essa ferramenta, pois mais parecem ser os protegidos dos juízes. Os julgadores entendem que é impossível responsabilizá-los pela ocorrência da divulgação da difamação, sob o argumento de disseminação inocente de

43 “Hyperlink: um link eletrônico que permite acesso através de um lugar marcado especificamente em um documento de hipertexto ou hiperímia, para outro lugar, no mesmo ou em outro documento.” (HYPERLINK. In: MERRIAM-WEBSTER *Online*. Disponível em: <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/hyperlink>>. Acesso em: 11 set. 2015. Tradução nossa.) Original: “a highlighted word or picture in a document or Web page that you can click on with a computer mouse to go to another place in the same or a different document or Web page”.

44 Original: “In other words, knowledge of the wrongful act, coupled with any acts of endorsement, may expose the *hyperlinker* to liability.” (ROWLAND; KOHL; CHARLESWORTH, 2012, p. 204)

conteúdo impróprio, uma vez que, nos termos do artigo 1 do *Defamation Act* de 1996 (lei inglesa), eles devem retirar o conteúdo difamatório assim que tiverem notícia sobre o seu conteúdo. Nesse sentido, vêm concluindo as cortes inglesas, como no julgamento do caso *Godfrey x Demon Internet*,⁴⁵ onde restou decidido:

Um sistema de busca, no entanto, é um diferente tipo de intermediário da internet. Não é possível traçar uma analogia completa com um site de hospedagem. Não se pode simplesmente pressionar um botão para garantir que as palavras ofensivas nunca irão reaparecer em um trecho de busca do Google: não há controle sobre os termos de busca que serão digitados pelos usuários no futuro. Se as palavras são lançadas como resposta a uma pesquisa no futuro, não seria de modo nenhum dizer que [Google] tenha autorizado ou concordado com esse processo.⁴⁶

Conforme abordado anteriormente, a lei inglesa ainda é alvo de diferentes interpretações pelas cortes no que diz respeito à responsabilidade dos intermediários da internet sobre difamação praticada por terceiros. Assim, diante da possibilidade de anonimato de publicação de conteúdos sem a revelação dos nomes e IPs de seus usuários, como ocorre com os provedores Yahoo e America Online (AOL), esses provedores têm adotado, em sua política de aceitação, a informação de que tais dados podem ser revelados nos

45 AKDENIZ, Yaman. Case Analysis of Laurence Godfrey v. Demon Internet Limited. *Journal of Civil Liberties*, v. 4, n. 2, p. 260-267. July 1999. Disponível em: <<http://www.cyber-rights.org/reports/demon.htm>>. Acesso em: 12 out. 2015.

46 Original: "A search engine, however, is a different Kind of Internet intermediary. Its not possible to draw a complete analogy with a website host. One cannot merely press a button to ensure that the offending words will never reappear en a Google search snippet: there is no control over the search terms typed in by future users. If the words are thrown up in response to a future search, it would by no means follow that [Google]...has authorized or acquiesced in that process." (ROWLAND; KOHL; CHARLESWORTH, 2012, p. 205, tradução nossa)

casos de prática de difamação, para uso em sua defesa nos tribunais, para que a parte ofendida tenha conhecimento do terceiro causador do dano. Já nos Estados Unidos da América, a seção 230 do *Communications Decency Act* (CDA) resolve parcialmente a questão, pois dá imunidade aos provedores de serviço ao não nos tratarem como editores nos casos em que os *internet service providers* (ISP) apenas publicam informações de terceiros.⁴⁷

Como os tipos de violação estudados a seguir tratarão, massivamente, da responsabilidade dos *hyperlinkers*, entende-se necessário comentário um pouco mais aprofundado sobre tal função. O *hyperlink* é crucial para o bom funcionamento da internet, pois torna possível a interação de um site com outro, podendo o usuário se mover de *site* para *site*. Como dizem, Rowland, Kohl e Charlesworth:

Fazer o link fornece a maneira em que a informação é recuperada através de motores de busca e é a maneira pela qual os usuários se movem de site para site. O pioneiro da web, Berners-Lee, sugeriu que deveria ser possível conectar-se a qualquer peça de informação como 'universalidade é essencial para a web: ela perde seu poder se existirem certos tipos de coisas às quais não seja possível fazer o link.'⁴⁸

Sendo o *link*, ou *hyperlink*, um grande facilitador de interação de diversos sites, tornando a *world wide web* cada vez

47 Section 230: "No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider" (UNITED STATES OF AMERICA. Code of Laws of the United States of America. Title 47 - § 230 - Protection for private blocking and screening of offensive material. *Legal Information Institute*. 1996. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230>>. Acesso em: 08 out. 15)

48 Original: "Linking provides the way in which users move from site to site. The web pioneer, Berners-Lee, suggested that it should be possible to link any piece of information as 'universality is essencial to the Web: it loses its power if there are certain types of things to each you can't link.'" (ROWLAND; KOHL; CHARLESWORTH, 2012, p. 511, tradução nossa)

mais atrativa para os usuários, começou-se a discutir até que ponto deveria o provedor que facilita a busca e possibilidade de fazer links ser responsabilizado por *linkar a sites* materiais que violam os direitos autorais. Diante de tais categorias de provedores de internet, foi possível para a União Europeia, em sua diretiva (*E-commerce Directive*), trazer alguns casos de imunidade no que toca às suas responsabilidades. As imunidades são colocadas, de maneira geral, sob o aspecto do assunto que possa ser considerado ilícito, mesmo que haja lei específica tratando da matéria. As normas gerais da imunidade dizem mais respeito às atividades primárias dos provedores de internet em relação a terceiros, do que ao conteúdo ilícito. O regime de responsabilidade da diretiva aborda não só os ISSP (*information society services providers*) como os ISP (*internet service providers*), chamados, todos, de intermediários da Internet pelo título da seção 4 da ECD (*Eletronic Commerce Directive*)

A seção 4, nos artigos 12 a 15 da *Eletronic Commerce Directive*, limita a responsabilidade dos provedores de serviços intermediários, que inclui três categorias de ISP (*internet service providers*): *mere caching*, *caching* e *hosting*, estritamente definidas por suas funções. Antes de se analisar essas três categorias, necessário que o ISP se encaixe na condição preliminar de um provedor de serviços fornecendo serviços intermediários⁴⁹: Conforme conceitua Farano:

Um Provedor de Serviços é definido na Diretiva como “qualquer pessoa natural ou legal”, fornecendo um *Serviço da Sociedade da Informação*, sendo este definido como “qualquer serviço fornecido normalmente por remuneração”, à distância, por meios eletrônicos, pelo requerimento individual de um destinatário de um serviço.⁵⁰

49 FARANO, 2012.

50 A “**Service Provider**” is defined in the Directive as “any natural or

Através da sua possibilidade de oferecer todos os tipos de conteúdo, como ferramenta facilitadora de proporcionar o acesso dos usuários, os provedores também possibilitam a ligação com outros sites, que pode ser o linking, meramente dito, ou o deep-linking, e suas responsabilidades também devem ser analisadas segundo este aspecto. Segundo Rowland, Kohl e Charlesworth:

O ponto de partida aqui é se aqueles que postam informações na internet têm presumido o consentimento de ser linkado e procurado, ou seja, há uma licença implícita para fazê-lo, o que significa que não há responsabilidade primária. Apesar disso, intermediários que fazem links também foram acusados de infratores primários.⁵¹

O *deep-linking* é a manobra pela qual o provedor facilita o *link* para outra página, sem que se mostre aquela de capa, que foi feita a ligação, fazendo parecer que as informações são do site originário. Há famosos casos a respeito, citados no livro Rowland, Kohl e Charlesworth⁵², como por exemplo, o caso escocês *Shetland Times Ltd x Jonathan Wills and anor*⁵³. Trata-se do jornal *Shetland News*, que continha versão online e estaria copiando, através de *deep linking*, outro jornal, o *The Times*. A Corte escocesa em liminar entendeu que tal fato seria uma violação aos direitos autorais, o que fez com que

legal person providing an *Information Society Service*, the later being defined as “any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means, at the individual request of a recipient of a service.. (FARANO, 2012, p. 142, tradução nossa)

51 Original: “The starting point here is that those who post information on the internet can be assumed to have consented to being hyperlinked and searched – that is, there is an implied license to do so, and thus there is no primary liability. Nevertheless, linking intermediaries have also found themselves accused as primary wrong-doers.”. (ROWLAND; KOHL; CHARLESWORTH, 2012, p. 208, tradução nossa)

52 Ibidem.

53 1997 FSR (Ct Sees OH, 24 October, 1996)

o jornal *Shetland* concordasse em não fazer o *deep link*, mas deixar possível o acesso apenas à página inicial do jornal Times. Nos dizeres de Rowland, Kohl e Charlesworth, esta decisão foi temerária, no sentido de que se fosse aplicada mais amplamente em outros casos, poderia trazer consequências desastrosas para a internet, pois poderia tornar bem mais difícil e pesada a grande troca de informações através de *links* e *deep links*.

No sentido contrário, julgou a mais alta corte Alemã. No caso por eles julgado, *Verlagsgruppe Handelsblatt x Paperboy*,⁵⁴ o provedor de busca *Paperboy.de* foi inocentado de qualquer responsabilidade pelo *deep link* feito aos artigos do demandante *Verlagsgruppe*, sob o argumento de que caberia ao autor dos artigos promover maior segurança sobre seu material com o intuito de evitar a possibilidade de se fazer links com outras páginas, além do dever de conter avisos na página, de que o material oferecido pelo provedor de busca não se baseava apenas na página frontal do seu site. Tal decisão teve como forte motivação a importância do compartilhamento de informações pela internet, de maneira rápida e direta, sem possibilidade de prévia monitoração ou editoração do material publicado.

Em que pese o esforço da edição das normas já citadas acima (DMCA e diretivas de *E-commerce*), os tribunais americanos e europeus padeceram para interpretá-las, no sentido de oferecer uma resposta satisfatória no que diz respeito à responsabilidade dos provedores por atos praticados por terceiros. Embora similares às regras, as interpretações se mostraram demasiadamente diferentes nestes dois continentes. Tal situação, discorre Caterina Del Federico,⁵⁵ trouxe um cenário de pouca transparência na

54 BGH, 17 July 2003. I ZR 259/00. Disponível em: <<http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20030274>>. Acesso em: 11 set. 2015.

55 FEDERICO, 2015.

interpretação pelas cortes europeias e americanas acerca da aplicação das normas:

De todo o quadro emerge, por um lado, a falta de transparência e regime não claro das normas. Por outro lado, a interpretação dada pelos tribunais “não brilha para maior clareza cristalina”, uma vez que, frente à norma semelhante, as orientações poderiam ser muito diferentes.⁵⁶

Essas normas, inicialmente a DMCA em 1998 e logo após a diretiva de e-commerce na União Européia, trabalharam no sentido de formar uma zona de conforto para os intermediários de internet, o chamado Safe Harbor para os provedores on-line de serviços, que criam excludentes de responsabilidade, no caso de ato ilícito praticado por terceiro. Especificamente a seção 512 (K) do DMCA trata de tais exceções, bem como qualifica o que se entende por provedor de serviços (*service provider*). São os requisitos:

- a. Ser qualificado como um provedor de serviço - nos termos da seção 512 K,⁵⁷
- b. Adotar, razoavelmente, implementar e informar seus

⁵⁶ Original: “From the entire framework emerges, on one hand, the lack of transparency and non clear-cut regime of the norms. On the other, the interpretation given by the courts “does not shine for crystalline clarity” since in front of a similar norm the orientations could be very different.” (Ibidem, p. 3, tradução nossa).

⁵⁷ Seção 512 DMCA: “(k) DEFINITIONS.— (1) SERVICE PROVIDER.— (A) As used in subsection (a), the term “service provider” means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user’s choosing, without modification to the content of the material as sent or received. (B) As used in this section, other than subsection (a), the term “service provider” means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A). (2) MONETARY RELIEF.— As used in this section, the term “monetary relief” means damages, costs, attorneys’ fees, and any other form of monetary payment.” (UNITED STATES OF AMERICA, 1998).

- usuários da existência de política e regulamento para encerramento de contas de infratores reincidentes;
- c. Acomodar e não interferir com as medidas técnicas básicas aplicadas pelos detentores de direitos autorais para identificar ou proteger seu trabalho.

O objetivo da criação da zona de conforto (*safe harbor*) para os intermediários da Internet, segundo Federico é: “encorajar o crescimento da economia digital”.⁵⁸ Em que pese a tentativa do DMCA em qualificar o provedor de serviços pela seção 512K, surgiram muitas controvérsias e dúvidas nas cortes americanas, justamente porque ela prevê duas definições para o provedor de serviços. Nos dizeres de Farano:

A primeira se aplica à hipótese do primeiro “porto seguro” (relativo à comunicação transitória) e define provedor de serviços em sentido estrito como: uma entidade que oferece transmissão, roteamento, ou serviços de conexão para comunicação digital on-line, entre pontos especificados pelo usuário, ou um material da escolha do usuário, sem modificação do conteúdo que foi enviado ou recebido [...] a segunda aplicação se dá no âmbito das outras três hipóteses de “porto seguro” (cachê, armazenamento ou vinculação de serviços), e define o provedor em sentido amplo como: um provedor de serviços online ou de acesso à rede, ou como operador de instalação respectivo.⁵⁹

58 Original: “[...] to encourage the growth of the digital economy.” (FEDERICO, 2015, p. 8, tradução nossa)

59 Original: “The first applies for the purpose of the first safe harbor (relating to transitory communication) and defines service provider in a strict meaning as “ an entity offering the *transmission, routing, or providing of connections* for the digital online communications, between or among points specified by a user, or a material of the user’s choosing, *without modification to the content of the material as sent or received* [...] the second applying for the purpose of the other three safe harbors (caching, storing or linking services), defines provider in a broad meaning as ‘a *provider of online services or network access, or the operator of facilities thereof*.’” (FARANO, 2012, p. 213, tradução nossa)

Portanto, podemos concluir que os provedores de internet são classificados, principalmente, pela sua atividade primária, que pode variar de serviços totalmente passivos, nos quais constituem apenas o cenário para as interações, até de provedor que tem um papel facilitador ativo, que geram os principais motivos de estudos e discussões sobre as responsabilidades de seus atos e de terceiros causadores de danos. São esses últimos que interessam a este estudo, de modo que os demais serão aqui descartados. Rowland, Kohl e Charlesworth classificam de modo didático os intermediários da internet em conectividade que são: os provedores que fornecem ou facilitam o acesso à internet, seja pela conexão ou hospedagem de conteúdo; navegação: provedores on-line que facilitam a navegação em toda a web, através da indexação de conteúdo on-line e tornando-o facilmente acessível aos usuários, tais como motores de busca, sites que coletam os links relevantes para um determinado tema, sites de download ilegal de música, filmes, jogos e software, tais como “*The Pirate Bay*”, que permite aos usuários procurar e baixar arquivos *torrent* necessários para compartilhar arquivos; redes comerciais e sociais: prestadores de serviços on-line, cujo conteúdo pode ser gerado por usuários ou consiste em conectar os usuários uns com os outros, seja para fins comerciais ou sociais. Os exemplos de sites comerciais são casas de leilões on-line, como eBay, ou sites como a Amazon e o Mercado Livre, na medida em que eles conectam compradores com os vendedores de mercado. No âmbito social, os usuários podem ser conectados uns com os outros através de sites de redes sociais, como o Facebook, Twitter, Skype, mensageiros on-line, ou sites cujo conteúdo é gerado por e para os usuários, como o YouTube, a Wikipédia e blogs; provedores comerciais tradicionais e facilitadores: provedores que podem ser exatamente o mesmo que os

intermediários comerciais tradicionais ou seus equivalentes on-line, tais como instituições financeiras (por exemplo, fornecedores de cartão de crédito ou PayPal), anunciantes (por exemplo, Google), e agentes de várias descrições (por exemplo, lastminute.com ou expedia.com).⁶⁰

O artigo 14 da *E-commerce Directive* diz que é necessário que se imunize os acima citados provedores como intermediários inocentes da publicação de material ilícito, tendo em vista que têm grande participação na etapa de publicação.⁶¹ Esse artigo impõe a obrigação de retirada do conteúdo após o conhecimento do conteúdo ilícito. É o chamado *notice-and-take down duty*. O provedor deve ser rápido na retirada deste material ofensivo. Todavia, desde sua edição (ano de 2000) até a data da edição da lei antiterrorista britânica (*Terrorism Act*) de 2006,⁶² havia certa dúvida em se estabelecer o que era considerado como atitude rápida para retirada do conteúdo. Após o ato, ficou acertado que o prazo é de dois dias úteis, após o conhecimento do material ofensivo, para a retirada ou bloqueio na rede. Como nos casos dos demais provedores, só serão eles responsáveis após apurada sua conduta culposa, tendo em vista o conhecimento da existência de material ilícito

60 ROWLAND; KOHL; CHARLESWORTH, 2012, p. 192-193.

61 “[...] an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service [third party], Member States shall ensure that the service provider [the intermediary] is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service [third party], on condition that: (a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or (b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.”. (EUROPEAN PARLIAMENT, 2000)

62 UNITED KINGDOM. *Terrorism Act*. 2006. *The National Archives*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/11/contents>>. Acesso em: 15 set 2016.

aparente, colocado por terceiros em seus provedores e sua atitude para bloqueio ou retirada.

Apesar de todo esse regramento, Rowland, Kohl e Charlesworth afirmam que repousa mais uma dúvida acerca do conhecimento de fato ilícito:⁶³ para quem deve ser aparente a ilicitude do conteúdo? Ao homem médio, ao intermediário real ou ao intermediário médio? Mesmo para o intermediário, defendem as citadas autoras que talvez o conteúdo não seja ilícito a uma primeira análise, dada a quantidade de defesas que se pode ter para explicar tal material como, por exemplo, a verdade nos casos de difamação. Por essa razão, entendem ainda que a lei na Espanha, acertadamente, determina que o material deva ser declarado ilícito por órgão competente para que seja retirado posteriormente, pois somente assim, seria declarado o conhecimento real do conteúdo ofensivo.

Já no Reino Unido, a lei faz com que os provedores sejam cautelosos em demasia com os conteúdos postados por terceiros, sendo que qualquer parte pode pedir sua retirada e, assim sendo, os provedores concorrentes usam de tal subsídio para pedir a retirada do ar de conteúdos que não lhes agradam. Uma pesquisa feita pelo Google mostrou que 57% dos pedidos de retirada de material ilícito dos provedores se originavam de empresas concorrentes. Para os provedores de conteúdo, o conhecimento da existência de material ilícito em sua página tem maior peso do que para os demais provedores, e repercute na aplicação da sua imunidade.

No mesmo sentido do que se apurou pela Organização de Cooperação de Desenvolvimento Econômico (OECD)⁶⁴, o *Terrorism Act* (2006) imunizou os intermediários de internet que desconheciam ou, de certa forma, não acreditavam na

63 ROWLAND; KOHL; CHARLESWORTH, 2012.

64 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Disponível em: <<http://www.oecd.org/>>. Acesso em: 15 maio 2016.

ilicitude do conteúdo publicado por terceiros, no caso de violação a direitos autorais. No que toca à responsabilidade objetiva, entende-se que a imunidade também a alcançou e a afastou pela negativa de obrigação de monitorar os materiais armazenados.

Na Corte Americana (19^a Circuit Court), em uma ação contra a Amazon, restou decidido que o Google, como site de busca e *hyperlinker*, somente poderia ser responsabilizado pela violação de direitos autorais, relatados na inicial, se tivesse conhecimento específico sobre o material ilícito e, através de seu sistema, tivesse como evitar danos futuros, mas tivesse escolhido não fazê-lo. Assim, nos casos de *hyperlinkers*, a notificação não pode ser generalizada, apenas informando que há conteúdo ilícito da rede para que haja a responsabilização dos intermediários, com a obrigatoriedade de retirada do material. É necessário algo mais específico.

O DMCA de 1998 criou, na sua seção 512 (d), imunidade aos intermediários que possuem sistema de busca e hyperlinks no que toca à responsabilidade por violação de direitos autorais,⁶⁵ no caso de busca desavisada de material ilegal. Como ressalta Leonardi:

65 DMCA, §512: “(d) *INFORMATION LOCATION TOOLS*. – A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the provider referring or linking users to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link, if the service provider— (1) (A) does not have actual knowledge that the material or activity is infringing; (B) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or (C) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material; (2) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and (3) upon notification of claimed infringement as described in subsection (c)(3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material

Nota-se, facilmente, o exagero da proteção outorgada pela lei norte-americana aos provedores de serviços considerados como intermediários, os quais são isentos de responsabilidade pelo conteúdo ofensivo de terceiros em qualquer hipótese, ainda que plenamente cientes do evento danoso.⁶⁶

Já na Europa, como asseveram Rowland, Kohl e Charlesworth,⁶⁷ a concepção de neutralidade e o problema com seu conceito é que eles são altamente elásticos, permitindo decisões muito divergentes, dependendo do julgamento de valor subjacente. Com efeito, a constatação da neutralidade não é resultado de uma apuração objetiva sobre a qual a imunidade é então baseada, mas sim a conclusão tirada a partir desses fatos em conjunto com julgamentos políticos. Afirmam os citados autores que:

Dizer que o Google é um intermediário neutro não é sugerir que é uma palavra apenas de aproximação: “[...] o moderno Google é mais do que um motor de jogo: ele classifica resultados de pesquisa, fornece instruções para além do que o usuário digita, e responde a perguntas. Também não é para dizer que o Google não faz, ou não pode conhecer, ou ter controle sobre quaisquer ilegalidades de terceiros. Quando juízes decidem que o Google é neutro, eles simplesmente dizem que não devem ser sobrecarregados com o dever de saber e controlar seus resultados de busca dado o seu papel fundamental na facilitação de navegação em torno da rede e do impacto que um achado contrário pode ter sobre este assunto.”⁶⁸

that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity, except that, for purposes of this paragraph, the information described in subsection (c)(3)(A)(iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link.”. (UNITED STATES OF AMERICA, 1998)

66 LEONARDI, 2005, p. 36.

67 ROWLAND; KOHL; CHARLESWORTH, 2012.

68 Original: “To say that Google is a neutral intermediary is not to suggest that

Seguem eles afirmando que, em última instância, os tribunais devem sempre avaliar se seria mais justo e eficiente, e do interesse público, permitir que o dano causado pelo terceiro corresse à custa do lesado inocente ou fazer o provedor inocente pagar a conta. Isso ainda levanta a questão de por que os tribunais têm proferido decisões diferentes nesse processo de pesagem quando apresentados com fatos semelhantes. Antes de ligar a algumas das razões subjacentes as diferentes atitudes judiciais para com os provedores, uma palavra final também deve ser dita sobre elas na relação entre a responsabilidade civil pelo dano causado e as imunidades dos provedores. Os tribunais americanos e europeus encontraram um modo em que o provedor fosse despedido de responsabilidade pelos ilícitos causados por terceiros, ainda que sem contar com a imunidade criada pelas diretivas americana e europeia, tornando-a redundante.

Após o estudo aqui efetuado, visando ao entendimento do sistema de responsabilização adotado pelo Marco Civil da Internet, nitidamente se percebe que ele foi copiado das normas já existentes na diretiva americana (*Digital Millenium Copyright Act*) e na Europeia (*E-Commerce Directive*); resta fazer uma análise de confluência entre as três legislações no que toca à responsabilização por ilícito causado por terceiro.

it is a pure word matchmaker: ‘... the modern Google is more than a match engine: it ranks search results, provides prompts beyond what the user enters, and answers questions.’ Neither is it to say that Google does not, or cannot, know about, or have control over, any third-party illegalities. When judges decide that Google is neutral, they simply say that it should not be burdened with knowing and controlling its search results given its crucial role in facilitating navigation around the net and the impact that a contrary finding may have on this.’. (ROWLAND; KOHL; CHARLESWORTH, 2012, p. 224, tradução nossa)

Considerações Finais

O objetivo deste artigo foi a análise do sistema de responsabilidade civil adotado pela Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), lei específica que trata dos provedores, principalmente no que concerne ao ato ilícito praticado por terceiro através dos serviços colocados à disposição dos usuários. Bastante aguardada pela sociedade brasileira, alvo de sessões de discussão pública, a Lei 12.965/2014 foi adotada em virtude da necessidade de se regulamentar o uso da internet no Brasil. Como se discutiu ao longo deste estudo, a sociedade da informação transformou, em grande medida, a conduta mundial, possibilitando o acesso a conteúdos jamais imaginados antes da supressão de barreiras físicas que separavam as pessoas, hoje usuárias individuais. A comunicação em rede interligou, também, culturas, povos e grupos de diferentes e múltiplas origens e características através do uso da grande rede mundial de computadores, a *world wide web*; tanto para o bem quanto para o mal. Foi a internet que, a partir da década de 1960, possibilitou o acesso a informações e conteúdos em uma proporção sem precedentes. Em contrapartida, não se pode ignorar que houve a exclusão daqueles que não podem, ou não querem, utilizar-se da grande rede.

A responsabilidade pelo ato ilícito praticado pelo próprio provedor, em face do usuário, não dispensa maiores atenções, pois, como se sabe, ele responde objetivamente se a relação for de consumo, como ocorre na grande maioria dos casos e, caso não seja o dano causado ao usuário final, ainda haverá a possibilidade de responsabilização objetiva pelo indigitado artigo 927 do Código Civil. Sendo o ato ilícito praticado por terceiro, tema de grande discussão, após o estudo que aqui se apresentou, concluíram-se alguns pontos, abaixo descritos:

Na década de 1990, nos Estados Unidos da América, houve um grande *boom* de compartilhamento de conteúdos, o que gerou problemas, a princípio, de ofensa aos direitos autorais, que culminaram em demandas excessivas e sem precedentes contra os provedores de internet. Esse fato fez com que surgisse a necessidade de um regramento específico para o setor, sendo, em seguida, editada a diretiva *Digital Millenium Copyright Act*, que tratava não só dos direitos autorais, mas também de demais atos ofensivos aos usuários, inclusive os causados por terceiros. Essa diretiva acabou por criar imunidades para os provedores, a chamada zona de conforto (*safe harbor*), que restringiu a responsabilidade dos provedores, tornando-a subsidiária e subjetiva, aplicável apenas em casos de omissão dos detentores de redes sociais, páginas e websites, quando notificados e inertes em retirar o conteúdo ofensivo do ar, ou bloquear o seu acesso. Esse é o chamado sistema *notice and take down*, que considera válida a notificação extrajudicial, feita diretamente pelo usuário.

No mesmo sentido das imunidades, caminhou a Europa um ano depois dos Estados Unidos, através da *E-commerce Directive*, em 2000, que igualmente criou imunidades, porém omitiu-se quanto ao sistema de notificações, deixando a cargo das cortes europeias a interpretação acerca da notificação válida para que o provedor tomasse providências para retirar o conteúdo ilícito de circulação. Durante esse período de mais de duas décadas, concluiu-se, através do estudo dos julgamentos ocorridos nesses países, e de discussão doutrinária, que muitas reformas são ainda necessárias a fim de aperfeiçoar as diretivas, haja vista algumas dissonâncias entre as decisões e os casos análogos.

O artigo 19 da Lei do Marco Civil foi expresso ao dispor que, em prol da liberdade de expressão, os provedores de aplicações não são responsáveis por atos ofensivos

causados por terceiro, e somente o serão se, após notificação judicial, quedarem-se inertes em retirar do ar o conteúdo ilícito de circulação. Além de ir contra o entendimento jurisprudencial, tomadas todas as cautelas quanto ao tipo de serviços prestados pelos provedores, como visto, somente poderia se cogitar sua responsabilidade caso esteja relacionada ao conteúdo, com editoração prévia e alguma capacidade de monitoração do material; também mitigou os direitos da personalidade – igualmente previstos na Carta Constitucional – em benefício da liberdade de expressão. Entretanto, o Marco Civil da Internet foi além. Adotou o sistema americano e europeu de imunidades, mas deixou para trás o sistema *notice and take down* e, por isso, engessou o usuário ofendido, na medida em que o obriga a procurar, necessariamente, ordem judicial específica para a validade da notificação. Em se tratando da sociedade da informação, com a instantaneidade das notícias, mais parece que levar o caso ao Judiciário causou um grande retrocesso frente à necessidade de uma resposta imediata à ofensa.

A especificidade da ordem tem sido entendida, nos tribunais estaduais, até os dias de hoje, como a informação de todos os endereços das páginas (URLs), o que inviabiliza o bloqueio de um conteúdo viral também nesse ponto. Poucas são as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo que já se remetem à orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que basta a identificação clara do conteúdo para que ele deva ser retirado do ar, como foi estudado neste trabalho. Nesse caminho, portanto, até que a decisão chegue através de recurso ao colendo STJ, não existe mais a possibilidade de levar a vítima ofendida ao *status quo ante*, como se o dano não tivesse ocorrido, como preceitua o princípio da responsabilidade civil do nosso sistema pátrio. Por tudo o que foi aqui estudado, finalmente, conclui-se

que o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.695/2014) já nasceu antiquado, baseado no sistema norte-americano de vinte e quatro anos atrás, que por sua vez também já era defeituoso. Onerou ainda mais o usuário lesado ao deixar para trás o sistema de notificações adotado pela lei americana, obrigando o ofendido a procurar a justiça, o que lhe traz mais ônus, mais custos e mais demora no deslinde da questão. Sob esse enfoque, portanto, no que tange à responsabilidade civil dos provedores de aplicações por ato ilícito causado por terceiro, trouxe mais problemas do que soluções.

Referências bibliográficas

AKDENIZ, Yaman. Case Analysis of Laurence Godfrey v. Demon Internet Limited. *Journal of Civil Liberties*, v. 4, n. 2, p. 260-267. July 1999. Disponível em: <<http://www.cyber-rights.org/reports/demon.htm>>. Acesso em: 12 out. 2015.

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Portal da Legislação*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 abr. 16

_____. Lei N. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Portal da Legislação*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 mai. 16

_____. Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Portal da Legislação*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 10 mai. 16

CASEY, Timothy D. *ISP Liability Survival Guide: Strategies for Managing Copyright, Spam, Cache, and Privacy Regulations*. New York: Wiley, 2000.

CUNHA, Mario Viola de Azevedo; MARIN, Luisa; SARTOR, Giovanni. Peer-to-Peer Privacy Violations and ISP Liability: Privacy Violations in the User-Generated Web. *Oxford Journals: International Data Privacy Law*, v. 2, n. 2, p. 50-67, 2012. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/handle/1814/26279>>. Acesso em: 25 set. 2014.

EDWARDS, Lilian; WAELD, Charlotte. *Law and the Internet*. 3. ed. Oxford, Portland and Oregon: Hart, 2010. Disponível em: <<https://play.google.com/books/reader?printsec=frontcover&output=reader&id=aXZ6BAAQBAJ&pg=GBS.PT76.w.2.8.54>>. Acesso em: 16 nov 2015.

EUROPEAN PARLIAMENT. Council of the European Union. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). 08 jun. 2000. *EUR-Lex*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32000L0031>>. Acesso em: 07 jul. 2015.

FARANO, Béatrice Martinet. Internet Liability for Copyright and trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S Approaches. *TTLF Working Paper n° 14*. Disponível em: <http://law.stanford.edu/wpcontent/uploads/sites/default/files/publication/300252/doc/slspublic/farano_wp14-4.pdf>. Acesso em: 17 mar 2015.

FEDERICO, Caterina Del. Intermediary Liability. The Achilles "heel" of the current legislation: the courts. A

comparative analysis with the U.S, focusing on copyright infringement. *Diritto Mercato Tecnologia*, 2015. Disponível em: <<http://www.dimt.it/2015/05/13/intermediary-liability-the-achilles-heel-of-the-current-legislation-the-courts-a-comparative-analysis-with-the-u-s-focusing-on-copyright-infringement/>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. *Who Controls The Internet*. New York: Oxford University Press, 2006.

GUSTIN, Miracy B.S.; DIAS, Maria Teresa Fonseca. (*Re pensando a Pesquisa Jurídica*. 2.ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares; SANTOS, Manoel J. Pereira (Coords.). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Responsabilidade civil dos provedores de serviço de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LOUTCHANSKY v Times Newspapers. *Out-Law.com*. [20--]. Disponível em: <<http://www.out-law.com/page-8703>>. Acesso em: 02 nov. 15.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *The Role of Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives*. OECD Publishing, 2011. <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264115644-en>>. Acesso em: 15 maio 2016.

ROCHA, Francisco Ilídio. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiro. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 817-845.

ROWLAND, Diane; KOHL, Utah; CHARLESWORTH, Andrew. *Information Technology Law*. 4. ed. London; New York: Routledge, 2012.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, Tomo II*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 277-305.

SEGURADO, Rosemary; LIMA, Carolina S. Mandu; AMENI, Caue. Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França. *Historia, Ciências, Saúde – Manguinhos*. Rio de Janeiro, p. 1-21, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/2014nahead/0104-5970-hcsm-S0104-9702014005000015.pdf>>. Acesso em 12 set. 2014.

SIDERITS, Mattheu C. Defamation in Cyberspace: Reconciling *Cubby, Inc. v. CompuServe, Inc* and *Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.* *Marquette Law Review*, v. 79, n. 4, Summer 1996. Disponível em <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1557&context=mulr>>. Acesso em: 02 nov. 15.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira. Responsabilidade Civil dos Provedores de acesso e aplicações de internet: Evolução jurisprudencial e os impacto da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ro-

naldo (Coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 812.

STROWEL, Alain. *Peer-to-peer file sharing and secondary liability in copyright law*. UK, USA: Edgard Elgar, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.117.633/RO*, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 9 mar. 2010.

_____. *Recurso Especial nº 1.316.921-RJ 2011/0307909-6*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2011.

_____. *Recurso Especial nº 1.308/RS*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 8 maio 2012.

_____. *Recurso Especial nº 1306157/SP*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17 dez, 2013, DJe 24 mar. 2014.

_____. *Agravo/Recurso especial nº 712.456 - RJ (2015/0115154-1)*. Rel. Ministro João Otávio De Noronha. 28 mar. 2016.

UNITED KINGDOM. *Terrorism Act*. 2006. The National Archives. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/11/contents>>. Acesso em: 15 set 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Code of Laws of the United States of America. Title 47 - § 230 - Protection for private blocking and screening of offensive material. *Legal Information Institute*. 1998. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/512>>. Acesso em: 08 out. 15.

_____. Code of Laws of the United States of America. Title 17 - § 512 - Limitations on liability relating to material online. *Legal Information Institute*. 1998. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/512>>. Acesso em: 08 out. 15.

WERTHEIN, Jorge. A Sociedade da informação e seus desafios. *Ci. Inf. Brasília*, v. 29, n. 2, p.71-77, maio/ago. 2000.

WORLD PUBLIC LIBRARY ASSOCIATION, *Project Gutenberg Self-Publishing Press*. Disponível em: <http://self.gutenberg.org/articles/cubby,_inc._v._compuserve_inc>. Acesso em: 02 nov. 15.

Recebido em 28/03/2017

Aprovado em 28/06/2017

Irineu Francisco Barreto Junior

Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU –SP
Programa de Mestrado em Direito da
Sociedade da Informação
Av. Liberdade, 749, 2º. Andar
CEP: 01503-001 São Paulo/SP, Brasil
E-mail: neubarreto@hotmail.com

Beatriz Salles Ferreira Leite

Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU –SP
Programa de Mestrado em Direito da
Sociedade da Informação
Av. Liberdade, 749, 2º. Andar
CEP: 01503-001 São Paulo/SP, Brasil
E-mail: salles.beatriz35@gmail.com