V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

VALMIR CÉSAR POZZETTI

JOANA STELZER

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM / Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves, Joana Stelzer, Valmir César Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-228-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Direito civil contemporâneo. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO II

Apresentação

Já, em sua quinta edição internacional, o Encontro do CONPEDI vem brindar, neste ano de 2016, a Latino-América, especialmente, pela feliz decisão de realizar o primeiro Encontro em solo Sul-Americano, em terras Uruguaias. Mostrou-se acertada a escolha da Universidade da República Uruguaia para sede do V Encontro Internacional do CONPEDI seja pela camaradagem e hospitalidade da recepção dos hermanos uruguayos, seja pela beleza de Montevideo, uma Capital promissora e aconchegante. Indizível a beleza do Palácio Legislativo em que ocorreu a abertura dos trabalhos com a presença das autoridades Uruguaias que tão entusiasticamente receberam a tantos brasileiros que migraram para aquelas paragens em busca da consolidação de seus estudos de pós-graduação. É uma inquestionável verdade, a de que o CONPEDI, nestes anos todos, vem arrastando e fazendo migrar, por assim dizer, quantidade considerável de entusiastas pesquisadores do Direito, seja no Brasil como, agora, se vê, no exterior em busca do desenvolvimento e consolidação das pesquisas jurídico-doutrinárias.

Coube-nos, então, participar do CONPEDI, para além da própria apresentação de artigos científicos, avaliando e acompanhando os esforços de brasileiros e uruguaios na área do Direito Civil Contemporâneo (GT II). As apresentações dos trabalhos dos dois autores uruguaios: Andrés Mendive Dubourdieu e Virginia Yellinek Devitta e dos onze artigos brasileiros transcorreram em ambiente acadêmico propício à salutar e necessária troca de percepções e experiências jurídico-doutrinárias em busca da consolidação de uma identidade científica para o Direito Sul-Americano, mormente, na área cível. Destarte, foram passíveis de apreciação, pela assistência presente, os trabalhos disponibilizados para leitura, que brindaram o encontro dos dedicados pesquisadores do GT Direito Civil Contemporâneo II, conforme segue:

Iara Pereira Ribeiro apresentou o trabalho intitulado 'a validade do ato jurídico praticado pela criança e o adolescente menor de dezesseis anos', questionando a capacidade civil em seu duplo aspecto, a saber: de direito e de exercício; destacando que crianças e adolescentes menores de dezesseis anos praticam inúmeros atos jurídicos que são considerados válidos e eficazes tanto pela lei, quanto pela sociedade pugnando pela mudança legislativa.

Karina Pinheiro de Castro, por sua vez, discorreu sobre 'as alterações da incapacidade civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e seus impactos na prescrição e no sistema jurídico das nulidades'; destacando as alterações do regime jurídico da incapacidade civil das pessoas acometidas por qualquer tipo de deficiência, seja ela física, mental ou sensorial e as respectivas consequências jurídicas que poderão ser acarretadas na prescrição e no regime legal das nulidades dos negócios jurídicos.

Daniel Navarro Puerari e Rossana Marina De Seta Fisciletti destacaram o 'princípio (ou regra) da proporcionalidade e da razoabilidade: considerações acerca da aplicabilidade destes postulados nas ações indenizatórias por danos morais'; mormente no que se refere ao estabelecimento do quantum indenizatório nas ações de reparação civil com fins à condenação em dano moral, destacando que os Tribunais de Justiça brasileiros vêm se apropriando dos referidos institutos ora para majorar, ora para reduzir o valor atribuído aos danos morais em razão de violação aos direitos da personalidade.

Luciano Monti Favaro desenvolveu o trabalho denominado 'reconhecimento de capacidade civil plena às pessoas com deficiência', enfatizando que o Estatuto da pessoa com deficiência em consonância com a Convenção Internacional sobre os direitos dessas pessoas alterou dispositivos do Código Civil brasileiro de forma a ser reconhecida a capacidade civil plena desses sujeitos em consonância com os ditames constitucionais e internacionais, uma vez que as protegerão em virtude do que elas são e não do que elas possuem.

Flaviana Rampazzo Soares trouxe a lume a 'Common Law revisitando o tema punitive damages, o ideal indenizatório e a função punitiva no direito de danos contemporâneo'. A autora analisou as funções da responsabilidade civil contemporânea, o papel da culpa e do risco na atribuição de responsabilidade, detalhando a visão doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, abordando o tratamento da função punitiva e da chamada "indenização com finalidade punitiva". A autora fez perceber que indenizações insignificantes para determinados agentes econômicos sujeitos de direito não persuadem a uma ação correta e socialmente aceita e, pelo contrário, podem levar à impunidade. Através da análise de acórdãos, verificou os aspectos práticos da admissão de possível função punitiva e sua repercussão na fixação da indenização, sobretudo, na compensação por danos extrapatrimoniais.

Jamile Coelho Moreno e Jaime Leandro Bulos abordaram a questão do 'dano moral coletivo e sua efetividade no Ordenamento Jurídico brasileiro', especialmente por intermédio da legislação consumerista de 1990, determinando os legitimados para propor ações coletivas em defesa dos direitos concernentes aos consumidores; bem como, as vítimas de danos

advindos de evento, direta ou indiretamente ligado à relação de consumo e sustentando que a condenação judicial por dano moral coletivo (dano extrapatrimonial) é sanção pecuniária, com caráter eminentemente punitivo, em face de ofensa a direitos coletivos ou difusos nas mais diversas áreas.

Vitor de Medeiros Marçal e Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral trataram das 'intimidações sistemáticas no ambiente escolar e pluriofensividade: um estudo das consequências jurídicas extrapatrimoniais da conduta bullying'. Para os autores, restam consequências jurídicas extrapatrimoniais decorrentes do bullying escolar, como fenômeno lesivo e de múltiplas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. Assim, destacaram o correto sentido a ser atribuído aos danos extrapatrimoniais, equivocadamente confundidos com o dano moral; bem como, as principais espécies de danos extrapatrimoniais derivados das intimidações sistemáticas, quais sejam, dano moral, dano à saúde e dano existencial.

Fabianne Manhães Maciel e Carla Fernandes de Oliveira apresentaram trabalho a respeito da 'Teoria do abuso de direito: uma releitura necessária'. Em especial, as pesquisadoras destacaram que a visão civil constitucional do Direito Privado deve ultrapassar a dicotomia entre o público e o privado, impondo-se que as relações negociais, os atos jurídicos e o exercício do direito pelo seu titular sejam limitados por searas principiológicas. Entendendo que princípio enquanto norma de otimização, deve alcançar a melhor aplicabilidade da solução jurídica ao caso concreto, sugerem a necessidade de analisar a possível relativização dos direitos e prerrogativas de direito individuais subjetivos, buscando maior efetividade dos interesses difusos e do bem estar social.

Joana de Souza Sierra e Mark Pickersgill Walker pesquisaram sobre 'a possibilidade de responsabilização dos provedores de aplicações de internet pelos conteúdos gerados por terceiros: crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e ao marco civil da internet'. Intentaram, assim, crítica à metodologia de responsabilização subjetiva dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiro, em sua situação pretérita (na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça) e presente (no Marco Civil da Internet). Demonstraram, pois, que as metodologias adotadas pela jurisprudência e pelo legislador não são compatíveis com tais institutos, que imporiam, nesses casos, a responsabilização objetiva dos provedores de aplicações.

Fabio Queiroz Pereira e Mariana Alves Lara discutiram sobre o tema 'Lease-back e a proibição dos pactos comissórios'. Explicando que o lease-back é modalidade de arrendamento mercantil, em que o bem envolvido na operação já pertence ao arrendatário, os autores concluíram que o instituto não consubstancia, em um primeiro momento, pacto

comissório no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Porém, destacaram que se inquirindo as circunstâncias de contratação pode-se chegar à conclusão contrária, de modo que, para evitar futura declaração de nulidade contratual, é adequado pactuar-se, em anexo ao lease-back, um pacto marciano.

Ana Elisa Pretto Pereira Giovanini e Ana Lucia Pretto Pereira, por sua vez, trabalharam a questão da 'responsabilidade civil nas hipóteses de iatrogenia e erro médico'. As autoras chamaram a atenção para o fato de que existem situações nas quais, eventual lesão causada ao paciente não resultará de um agir culposo do profissional na arte médica. A iatrogenia se configura quando, mesmo tendo sido o profissional da saúde altamente diligente, seu paciente sofre alguma alteração de cunho patológico e, consequentemente, um resultado negativo em seu tratamento. Circunstâncias como essas são classificadas como excludentes de culpabilidade, dentre as quais está inserida a iatrogenia que, uma vez configurada, afasta eventual responsabilização.

Nuestros hermanos uruguayos presentaran, por su vez, importantes contribuciones académicas que se deben destacar. Así, en atención a ellos, se comenta los artículos presentados en su lengua. Andrés Mendive Dubourdieu presentó el tema 'Negocios jurídicos y daños en los mundos virtuales y videojuegos', destacando la magnitud económica del sector. El autor presentó números impresionantes a respecto del sector concentrando su pesquisa en la perspectiva del Derecho Civil para comprender los daños y negocios jurídicos que se presentan entre los participantes de estos mundos virtuales y la necesidad de un derecho específico actual e dinámico para acompañar el mundo real de los negocios ligados al sector de los videojuegos que se han transformado en la mayor industria cultural de la actualidad.

Virginia Yellinek Devitta contribuyo sobremanera con su trabajo intitulado 'desvío productivo como daño indemnizable'. La autora presenta importante trabajo destacando que el tiempo es precioso y que los consumidores no pueden ser privados de ello por empresas que les llaman diariamente ofreciendo servicios o que tienen prácticas que desperdicien el tiempo del consumidor que, a su vez, ya tienen prerrogativas jurídicas para su defensa en Brasil y Argentina. Pugna, entonces, por la condena al proveedor por desvío productivo del consumidor pretendiendo la indemnización por “desvío improductivo”. Llega a la conclusión de que el “desvío improductivo” es un daño indemnizable en el sistema de responsabilidad civil uruguayo, no limitándose tal carácter de resarcible al área del derecho del consumidor. Alega que no existen diferencias relevantes en la normativa que sirve de fundamento a la

indemnización de este daño en Brasil y Argentina y la normativa uruguaya. Por lo tanto, resultan aplicables la mayor parte de las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales realizadas en estos países vecinos.

Ao que se vê, a variedade dos assuntos e a preocupação dos pesquisadores com as inovações normativas traz a lume importantes reflexões sobre o Direito Civil contemporâneo. Temas como capacidade civil, indenização por danos morais, abuso de direito na esfera cível, lease-back e responsabilidade civil nas hipóteses de iatrogenia são exemplos marcantes de circunstâncias e institutos de Direito Civil a desafiarem o mundo acadêmico em busca de aproximação de legislações na Sul-América e, em especial, entre Uruguai e Brasil. Convidamos, assim, a todos, para a leitura de tão significativos artigos que, certamente, estão a inovar e sugerir novas formas de pensar acadêmico-científico para os civilistas, em especial, de Uruguai e Brasil.

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves - UFSC

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti - UEA

Profa. Dra. Joana Stelzer - UFSC

A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET PELOS CONTEÚDOS GERADOS POR TERCEIROS: CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E AO MARCO CIVIL DA INTERNET

THE LIABILITY OF INTERNET APPLICATION PROVIDERS FOR THIRD-PARTY CONTENT: A CRITIQUE OF BRAZIL'S FEDERAL COURT CASE-LAW AND OF THE FEDERAL STATUTE ON INTERNET CIVIL LIABILITY.

Joana de Souza Sierra [1]
Mark Pickersgill Walker [2]

Resumo

O presente artigo intenta uma crítica à metodologia de responsabilização subjetiva dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiro, em sua situação pretérita (na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça) e presente (no Marco Civil da Internet). O embasamento parte de uma análise dos posicionamentos ali esposados, assim como das contribuições da doutrina, frente aos institutos tradicionais da responsabilidade civil e do Código de Defesa do Consumidor. Busca-se demonstrar que as metodologias adotadas pela jurisprudência e pelo legislador não são compatíveis com tais institutos, que imporiam, nesses casos, a responsabilização objetiva dos provedores de aplicações.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Provedor de aplicações, Conteúdo gerado por terceiro, Marco civil da internet

Abstract/Resumen/Résumé

The present article intends to critique the subjective liability methodology applied to internet application providers for third-party content, in its past (the federal court case-law) and present (Brazil's federal statute on internet civil liability) forms. Our basis is the analysis of the positions adopted by them, as well as the contributions of the doctrine compared to the traditional institutes of tort law and the Consumer Protection Code. We seek to demonstrate that the methodologies adopted by the courts and the statute are not compatible with such institutes, which would impose, in these cases, the strict liability of applications providers.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Tort law, Internet application providers, Third-party content, Brazil's federal statute on internet civil liability

[1] Mestranda em Direito Civil pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFSC. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Advogada.

[2] Doutorando em Direito Civil pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) da UFRGS. Mestre em Direito Civil pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFSC.

1 INTRODUÇÃO

Em abril de 2014 foi aprovada e sancionada a primeira lei brasileira a cuidar especificamente da responsabilidade dos provedores de serviços relacionados à internet, conhecida como Marco Civil da Internet. No contexto mundial, trata-se de um dos pioneiros textos legais sobre do tema, em resposta aos anseios da população para que fossem aclarados os direitos e deveres dos usuários da *World Wide Web*.

Pautado por exemplos estrangeiros também recentes, e fundado na proteção da liberdade de expressão na internet, o Legislativo decidiu por não responsabilizar os provedores de aplicações de internet pelos conteúdos gerados por terceiros, a não ser que estes desrespeitem interpelação judicial ordenando especificamente a retirada do material da rede, ou que ignorem pedido extrajudicial do ofendido, quando a postagem tiver caráter sexual ou contiver nudez.

Apesar de aclamada por grande parte da doutrina, essa iniciativa não parece ter sido suficientemente confrontada com os institutos tradicionais da responsabilidade civil, podendo representar a legalização de uma aberração jurídica (ao menos no contexto brasileiro), que permitiria o desrespeito ao princípio da igualdade, além de dificultar a indenização das pessoas lesadas, e de conferir prerrogativas exacerbadas aos agentes da internet. Ademais, verifica-se que não coincidem as soluções dadas aos casos pelo Marco Civil com a jurisprudência nacional que até então se havia amoldado sobre o tema, levantando o questionamento acerca da pertinência do tratamento outorgado pela nova legislação em vigência e, mais importante, sua oportunidade no desenvolvimento dos direitos da personalidade, os quais tem a intenção declarada de proteger.

Enuncia-se, desde logo, que este estudo visa a aclarar as situações presente e pretérita (notadamente no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça) da possibilidade de responsabilização dos provedores de aplicações de internet pelos conteúdos gerados por terceiro, com enfoque crítico nos mecanismos adotados pelo Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014[1]), particularmente a necessidade de notificação judicial para retirada do conteúdo considerado ofensivo.

Questiona-se: é compatível com o sistema de responsabilidade civil, e desejável no âmbito de regulamentação da internet, a responsabilização dos provedores de aplicações de

[1] Doravante denominada apenas Marco Civil da Internet.

internet pelos conteúdos gerados por terceiros apenas quando notificados, como ocorre no Marco Civil da Internet? Coaduna-se, tal metodologia, com a jurisprudência que se formava no Superior Tribunal de Justiça acerca do tema? São oportunas as metodologias aplicadas por ambos?

Direciona-se este artigo no sentido de uma resposta negativa a este último questionamento, considerando-se que a adoção de sistemas de *notice and takedown* e de notificação judicial como condição para responsabilização dos provedores de aplicações de internet pelos conteúdos gerados por terceiros é incompatível com os tradicionais institutos da responsabilidade civil e prejudica os usuários da rede.

Para chegar a tal conclusão, por lógico, abordam-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e os fundamentos do Marco Civil da Internet, analisando criticamente sua adequação aos institutos da responsabilidade civil; comparando a responsabilização que ocorre em relação a outros meios de comunicação pela editoração dos conteúdos; adentrando a questão do risco da atividade dos provedores, que justificaria, ou não, a sua imediata responsabilização; ponderando os benefícios práticos da responsabilização imediata.

Objetiva-se, ainda, desconstruir o argumento de que a responsabilização dos provedores seria incentivo à censura privada, demonstrando que o controle dos conteúdos já é de fato por eles realizado em benefício próprio; denunciar a contradição do Marco Civil da Internet ao permitir a notificação extrajudicial sobre conteúdo lesivo apenas quando da disponibilização de cenas de caráter sexual ou de nudez, mas não em outros casos potencialmente tão lesivos aos direitos da personalidade quanto aqueles; apontar que o mecanismo de notificação judicial tem como possível consequência a sobrecarga do judiciário, ao mesmo tempo em que dificulta a retirada ágil do material da internet.

O método de abordagem será dedutivo, uma vez que se parte de análise do Marco Civil da Internet no tocante à responsabilização dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiros, comparativamente às decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça anteriormente à promulgação da lei ora vigente, para então concluir sobre a possibilidade de manutenção do método de notificação e retirada. A técnica de pesquisa centra-se em fontes bibliográficas e jurisprudenciais.

2 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO E DEFINIÇÕES ELEMENTARES

Observa-se hoje, potencialmente, a mais veloz evolução dos meios de comunicação. O desenvolvimento da internet no final do século XX, uma rede de redes (e de sub-redes) de computadores, possibilita o acesso e intercâmbio rápido, quase imediato, de informações e representa uma nova forma de relacionamento entre as pessoas, tratando-se de um dos fenômenos tecnológicos mais extraordinários ocorridos até o presente momento da história (PEREIRA, 2004, p. 36-37).

A novidade trazida pelo alcance global imediato da informação é o que se leva a considerar os tempos presentes como a *era da informação*. Vive-se numa sociedade da informação, ou talvez dependente da informação, segundo a máxima "informação é poder". Nela, a rede tem papel fundamental, porque permite a reunião de dados, a disseminação de ideias, de concepções, de notícias e de acontecimentos. (PEREIRA, 2004, p. 141)[2].

Consequência clara do desenvolvimento da internet é o fenômeno da desterritorialização por ela propulsionado – a criação de um espaço virtual, apartado do físico[3]. À época de seu desenvolvimento sugeria-se que a internet representaria metaforicamente um terremoto: "se a norma se refere ao lugar ou ao tempo e estas noções alteram-se, pode-se produzir uma espécie de demolição da base jurídica" (LORENZETTI, 2004, p. 29). Para além da questão espacial e da superação da distância, surge um novo conceito de tempo, a partir da simultaneidade (MARTINS, 2008, p. 43). Daí a necessidade de um enfoque jurídico específico à questão da internet.

Assim, intensifica-se a discussão sobre questões relacionadas à regulamentação dos serviços ligados à internet[4], seja no sentido de garantir a todos acesso igualitário às informações ali postas (a exemplo da busca pela neutralidade da rede[5]), seja no de doar

---

[2] Alega-se até que se esteja vivendo já uma segunda revolução da internet, também chamada "Web 2.0": "De grande banco de dados de referências científicas, a Internet passou, em poucos anos, a ferramenta de uso simples e trivial, permitindo que mais e mais pessoas possam se utilizar do espaço interconectado para publicar suas próprias experiências, chegando ao extremo das chamadas 'Redes Sociais', espaços destinados à reprodução das interações humanas" (CUNHA E CRUZ *et al*, 2014, p. 343).

[3] Mais recentemente, compreende-se o espaço criado pela internet não como apartado do mundo concreto, mas sim como uma extensão da realidade (MIRAGEM, 2015, p. 815).

[4] "Inserida na consolidação da sociedade da informação, a regulamentação dos aspectos civis da Internet no Brasil caminha a passos largos" (MARTINS, 2014, p. xiii).

[5] Para uma breve perspectiva comparada sobre o tema, cf. CALIFANO, 2013. Para aportes mais técnicos, cf. GUO *et al*, 2013; GANS, 2014.

especial proteção aos dados pessoais e à intimidade dos indivíduos. É nesse contexto – no qual as hipóteses de responsabilidade por danos no meio virtual cobrem um amplo espectro de situações (LORENZETTI, 2004, p. 423) – que nasce a discussão sobre a possibilidade, ou não, de responsabilização dos provedores de aplicações de internet pelos conteúdos gerados por terceiros.

Introdutoriamente, destaca-se que *aplicações de internet* é um termo bastante amplo que, por definição do próprio Marco Civil da Internet, em seu art. 5º, VII, representa "o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet". O *provedor de aplicações de internet*, por sua vez, na terminologia da Lei, é nada além de um prestador de serviço: aquele que disponibiliza na rede tais aplicações (aplicações essas de diversos tipos, como será evidenciado adiante). Isso em mente, alguns provedores de aplicações constituem ou disponibilizam plataformas em que possibilitam a interação com, ou entre, seus usuários – e é daí que surge a expressão *conteúdos gerados por terceiros*, para representar o conteúdo disponibilizado pelo provedor de aplicações que não tenha sido por ele criado.

As respostas doutrinárias, jurisprudenciais e legislativa à pergunta que aqui se intenta responder foram, naturalmente, diversas. Uma certa estabilidade foi atingida a partir da uniformidade jurisprudencial promovida pelo Superior Tribunal de Justiça, ocorrida em um passado recente e, conquanto sobrepujada pelo regramento específico do Marco Civil da Internet, a solução dada pelo Tribunal é ainda celebrada (dentre alguns dos autores analisados: ALMEIDA, 2015; MADALENA, 2015). No entanto, com a promulgação do Marco Civil da Internet, hoje vigente, o legislador optou por uma mudança na metodologia da responsabilização dos provedores de aplicações.

A seguir, passa-se à análise desses dois momentos, introduzindo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e o Marco Civil da Internet, para então tecerem-se críticas a ambos os modelos expostos.

3 DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No ambiente virtual em constante evolução, em que as diversas formas de relações entre particulares se desenvolvem de maneiras até então inexploradas, e onde as ações têm consequências por vezes imprevisíveis – a exemplo da recém constatada ausência

de um "botão de delete" para as informações disponibilizadas na rede, que trouxe à baila discussão acerca do famigerado direito ao esquecimento (SIERRA, 2013; MARTINS NETO; PINHEIRO, 2014) – certo é que estão vulneráveis os indivíduos a uma gama de danos à sua personalidade e à sua propriedade.

Não é de causar espanto, logo, o papel ativo das cortes de justiça e, em sua função unificadora, do Superior Tribunal de Justiça, na consolidação de balizas para a proteção das pessoas sujeitas a tais danos. Foram eles, os tribunais, paralelamente a alguma doutrina de vanguarda, que em um primeiro momento, ao lidar com situações concretas a si apresentadas, deram os primeiros passos na definição do alcance dos clássicos institutos da responsabilidade civil na rede.

Nessa mesma senda, veio da iniciativa dos tribunais a recepção e aprimoramento de classificação dos prestadores de serviço na internet, que viria a ser utilizada como parâmetro principal até a vigência do Marco Civil da Internet. Se a nova Lei utiliza a nomenclatura *provedor de aplicações* para indicar de maneira geral os provedores que disponibilizam diferentes serviços ao usuário final da internet, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça previa inicialmente uma sistematização maior dos provedores de serviço de internet, classificando-os como:

> (i) provedores de *backbone* (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da *internet*, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores *backbone* e revendem aos usuários finais, possibilitando a esses conexão com a internet ; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação (grifos no original) (STJ, 2010).

Tal classificação, adotada pelo Tribunal, encontrava respaldo na doutrina especializada (LEONARDI, 2005; MARTINS, 2008), e norteou os estudos sobre o tema[6].

[6] A distinção da classificação doutrinária clássica para aquela proposta pela Min. Nancy Andrighi reside em dois pontos principais. Primeiro, no fato de que a Ministra optou por tratar os "provedores de informação" e os "provedores de conteúdo" como categorias separadas. Doutrinariamente, reconhecia-se que a equivalência entre as duas categorias não era exata, muito embora fosse comum seu emprego como sinônimos – e os autores, embora reconhecendo a inexatidão desta equivalência, ou trazem a conceituação de ambas sob a rubrica de "provedores de conteúdo" (LEONARDI, 2005) ou as intitulam em conjunto, "provedores de conteúdo ou de informação" (MARTINS, 2008). Segundo, na ausência da categoria de "provedores de correio eletrônico" da sistematização feita pela Ministra, conquanto tal categoria estivesse presente nas obras doutrinárias – em que vinha definida como o provedor que "fornece ao usuário um nome e uma senha para uso exclusivo em um sistema informático que possibilita o envio e recebimento de mensagens" (LEONARDI, 2005; MARTINS, 2008).

Mesmo hoje, após a promulgação da Lei, a nomenclatura clássica segue sendo utilizada, por sua maior especificação conceitual[7]. Porém, pode-se afirmar que a opção do Marco Civil voluntariamente evita a classificação das espécies de provedores diferenciando-os pelo regime jurídico do serviço prestado – e assim o faz para preservar a efetividade da norma, já que, por um lado, é comum determinado provedor prestar mais do que um serviço, e, por outro, novos serviços surgem quotidianamente (LONGHI, 2014, p. 118). Destarte, *provedor de aplicações* reúne todos os serviços destinados ao usuário final (como os provedores de hospedagem, conteúdo, ou correio eletrônico).

Não menos importante foi a contribuição do Superior Tribunal de Justiça na fixação do alcance da responsabilidade civil na internet. Nesse âmbito, de início, e de forma esparsa nos tribunais do País (paralelamente a ainda incipiente, mas destemida, doutrina[8]), a resposta às demandas para responsabilização dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiros foi no sentido de responsabilizar objetivamente o provedor de aplicações pelo conteúdo ilícito postado por terceiro. Tradicionalmente, duas proposições serviram de suporte a essa assertiva: (1) a da consideração de que as postagens ilícitas de terceiros seriam um risco inerente à atividade do provedor de aplicações, que deveria então responder objetivamente pelo dano a que dessem causa (a partir da teoria do risco criado ou risco proveito); e (2) a da consideração de que estaria caracterizada uma relação de consumo entre o usuário final e o provedor de aplicações, o que garantiria a incidência do Código de Defesa do Consumidor e, igualmente, a responsabilização objetiva (MIRAGEM, 2015, p. 814-817).

O Superior Tribunal de Justiça, porém, ao se deparar com os casos a si submetidos, decidiu rechaçar ambas as teorias, e entendeu que o dever de monitorar o conteúdo compartilhado por seus usuários não era uma atividade intrínseca ao serviço prestado – e que impor tal fiscalização significaria criar um verdadeiro instrumento de censura à liberdade de expressão (SOUZA, 2014, p. 156). Tal compreensão parece partir de certa romantização do espaço virtual, tratado como espaço público[9], a qual se traduz por diversas

---

[7] Especificação que gera confusões em alguns autores, como Colaço (2015), que intitula de "provedor de conteúdo" só aqueles *blogs* ou portais de notícias que, em regra, exercem controle editorial prévio sobre as informações disponíveis, e intitula de "provedor de hospedagem" demais *websites* como redes sociais, que tipicamente não o fazem.

[8] Exemplo de Martins (2008) e Miragem (2009).

[9] Assim se manifestam Bezerra e Waltz (2014, p. 165): "O fato é que os produtos e serviços fornecidos pelos provedores de conexão e aplicativos de internet são os meios pelos quais os cidadãos interagem e exercem sua

manifestações do próprio Tribunal, dentre as quais o reconhecimento de que: "o controle editorial prévio do conteúdo das informações se equipara à quebra do sigilo de correspondência e das comunicações" (STJ, 2012).

Desse modo, o Tribunal decidiu por condicionar a responsabilidade do provedor à tomada de conhecimento do conteúdo lesivo, por intermédio de notificação extrajudicial. Assim, apenas a omissão do provedor de aplicações em promover a retirada do conteúdo lesivo poderia torná-lo corresponsável pelo ilícito. É esse o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.193.764 (STJ, 2010), entendido como o *leading case* da matéria em comento – e tal entendimento haveria se solidificado em uma série de decisões posteriores do mesmo tribunal (CUNHA E CRUZ, 2015)[10]. Pode-se concluir que o Tribunal "vinha aplicando, já de maneira relativamente tranquila, a regra conhecida como *notice and takedown*" (GARCIA, 2016, p. 171).

Apesar da referida "tranquilidade", é imperioso notar que a solução proposta pelo Tribunal não foi, à época, unanimemente aclamada pela doutrina. A adoção do sistema de *notice and takedown*, como acontece não raras vezes quando da importação de institutos alienígenas, sofreu críticas, especialmente por autores que propunham que no caso concreto estaria evidenciada uma relação de consumo, o que imporia a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (MIRAGEM, 2011)[11]. Ciente ou não das críticas, o Legislador, ao retomar a dianteira na regulamentação da internet, não só adotou a notificação, como a ampliou, dificultando a responsabilização do provedor, como se verá no tópico seguinte.

4 MARCO CIVIL DA INTERNET

Foi aprovado, em abril de 2014, o Marco Civil da Internet, com o intuito de traçar normas para o ambiente virtual, para disciplinar o uso da rede, estabelecendo princípios[12], garantias, direitos e deveres, assim como criando diretrizes para atuação da União, dos

cidadania na rede. Cada vez mais, empresas privadas tomam para si um papel fundamental de mediação do debate público ao redor do mundo".

[10] Para uma análise dos muitos posicionamentos jurisprudenciais anteriores à intervenção uniformizadora do STJ, cf. LEONARDI, 2007.

[11] Em igual sentido, Martins e Longhi (2011, p. 218), que, também em artigo temporalmente próximo à referida decisão do Superior Tribunal de Justiça, asseveravam: "a regra do *notice and takedown*, oriunda do direito norte-americano, não pode ser importada acriticamente, desconsiderando a realidade brasileira e o *status* constitucional da defesa do consumidor […]".

[12] Madalena (2014) caracteriza o Marco Civil da Internet como uma legislação em essência principiológica.

Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios em relação à matéria e garantindo, principalmente: a neutralidade da internet, pela previsão de não discriminação da velocidade ou da quantidade de pacotes de dados alocados para cada provedor dentro da velocidade contratada pelo usuário da rede; a proteção à privacidade dos indivíduos, pela proibição de venda dos dados pessoais disponibilizados, dentre outras medidas; e a regulamentação da responsabilização dos agentes da internet por danos ocorridos a partir de conteúdos criados por terceiros.

Em relação este último ponto, no que interessa ao presente estudo, encontra-se especial foco de inovação no ordenamento jurídico brasileiro, por se limitar de forma inédita a possibilidade de responsabilização dos provedores de aplicações de internet, em que pesem as previsões até então existentes no sistema de responsabilidade civil nacional, inclusive de responsabilização objetiva pelo risco do negócio.

A exemplo da escassa legislação estrangeira, particularmente da Diretiva 2000/31/EC da União Europeia – sobre aspectos legais dos serviços da sociedade da informação (com enfoque em comércio eletrônico) –, e de adaptações feitas ao estadunidense *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), instituiu-se no ordenamento brasileiro a não responsabilização dos agentes da internet, a não ser que desrespeitem interpelação judicial para indisponibilizar o conteúdo lesivo, ou que deixem de responder a notificação extrajudicial do ofendido (*notice and takedown*), para conteúdo de caráter sexual ou que contenha nudez. Tais normas estão inseridas nos artigos 18 e 21 do Marco Civil da Internet, respectivamente.

Essas inovações foram recebidas pela doutrina brasileira com otimismo e em geral aplaudidas, por considerar-se que estão alinhadas à necessária proteção da liberdade de expressão, a qual deve ser preservada, mais do que nunca, na era da informação (TAVEIRA, 2014; TEFFÉ, 2015). A reação é ainda explicada porque, quando da aprovação do texto final da Lei, superou-se redação de sua minuta inicial que permitia, em qualquer caso, a notificação extrajudicial dos provedores de conteúdo para retirada (*notice and takedown*) de conteúdo considerado lesivo gerado por terceiro, sob pena de sua responsabilização. O projeto levado à apreciação popular, antes de aprovada a Lei, permitia que qualquer pessoa que acreditasse ter seu direito infringido por publicações na internet notificasse o *website* que continha o material para tomar as medidas cabíveis, sob pena de responsabilização deste pela publicação.

A preocupação à época, em suma, era de que essa prerrogativa do lesado, de notificar extrajudicialmente os provedores de conteúdo – como vinha sendo aceito até então pelo Superior Tribunal de Justiça –, fosse utilizada de forma abusiva e que, na prática, ocorresse a censura privada das informações, já que seria transferido o poder de decisão, que cabe ao judiciário, para os órgãos de administração dos *websites*[13]. Temia-se também que, diante de tão grande responsabilidade, os administradores das páginas e portais da *web* simplesmente decidissem retirar todos os conteúdos contestados, para não correrem o risco de terem atribuída a si a responsabilidade pelos conteúdos. Seria essa uma "porta de entrada para a censura" na perspectiva de alguns juristas (BRANCO, 2014, p. 2; BENTO, 2014, p. 282; SOUZA, 2014, p. 161).

Reconhecendo a mutabilidade da rede e as vantagens da imediatez do compartilhamento da informação, buscou-se privilegiar o desenvolvimento de um ambiente aberto e com pouca ingerência Estatal – e pouco alcance da legislação civil tradicional e específica. Não por outra razão, nos Estados Unidos da América aprovou-se o *Communications Decency Act of 1996* (CDA) (afetando a Seção § 230 do título 47 do *United States Code*), que confere ampla liberdade ao provedor de conteúdo (tenha ou não poder de editor da informação) no sentido de não o responsabilizar pelos conteúdos gerados por terceiros mesmo que seja notificado de eventuais ilegalidades ali cometidas (RUSTAD; KOENIG, 2005, p. 343).

Não obstante ser a legislação estadunidense bem mais extrema do que a brasileira no que concerne às possibilidades de (ir)responsabilização, observa-se que o grande mérito que a doutrina brasileira[14] dota à aprovação do Marco Civil da Internet foi, justamente, a proteção à liberdade de expressão – preocupação essa já expressa, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça, como se viu acima –, nele consubstanciada pela necessidade de passagem pelo crivo judicial do pedido de remoção do conteúdo, para apenas então, em caso de descumprimento da ordem por parte do provedor, responsabilizá-lo por eventuais danos causados.

Tal medida, entretanto, é em detrimento da celeridade da retirada do conteúdo lesivo dos *sites*, porque não se abraça mais a notificação extrajudicial (MARTINS, 2014) como uma

[13] O que geraria até atos "invasivos", por parte dos provedores de aplicações, acarretando "numa verdadeira investigação on-line, decidindo-se arbitrariamente quem seriam os 'bandidos'" (FERREIRA, André Pulier *et al*, 2012, p. 3). Tal perspectiva parece ignorar que os provedores de aplicações, via de regra, atuam corriqueiramente de forma que poderia ser considerada "invasiva" (e a guarda dos registros de acesso – ainda que sob sigilo próprio – é hoje algo obrigatório, disciplinado nos arts. 14-17 do Marco Civil da Internet).

[14] A exemplo de: BENTO, 2014; BRANCO, 2014; SOUZA, 2014; COIMBRA, 2015; GARCIA, 2016.

forma de assegurar o *actual notice* (conhecimento real ou conhecimento de fato) do conteúdo potencialmente lesivo (RUSTAD; KOENIG, 2005, p. 408) e, portanto, tê-la como marco inicial do dever de retirada do material de circulação – exceto nos casos de exposição de conteúdo sexual ou de nudez.

De todo modo, ainda que louvável a intenção que embasou a criação do dispositivo legal, acredita-se não ter sido suficientemente confrontada a questão com os mecanismos tradicionais da responsabilidade civil, quanto menos de sistemas como aquele previsto no Código de Defesa do Consumidor. Argumenta-se que a internet, apesar de permitir uma grande liberdade e, como já se tratou, ser uma ferramenta de compartilhamento de informações sem precedentes, não pode também ser palco do desrespeito dos diretos alheios, até porque o caráter transfronteiriço e amplamente acessível da rede das redes não nega a proteção dos diversos ordenamentos à efetiva reparação dos danos causados às pessoas. É dizer, a internet permite um enorme alcance de todas as declarações postadas nos canais dos provedores de aplicações, porém não se presta a afastar a sua responsabilidade quando essas mesmas declarações vierem a causar danos a alguém.

5 CRÍTICA AOS POSICIONAMENTOS ADOTADOS

Inegavelmente, opera-se hoje uma grande mudança de paradigma. Se anteriormente as pessoas se encontravam predominantemente, em relação aos meios de comunicação de massa, como meros receptores das informações, a Rede tornou a comunicação uma atividade social de interação, distribuindo de certa maneira o poder de comunicar (MARTINS NETO, 2008, p. 51). Nesse sentido, talvez seja certo que as novas tecnologias precisam de mais atenção na proteção dos direitos humanos, e que novos mecanismos de fiscalização se façam necessários, porque os antigos já não alcançam os seus propósitos. Todavia, não se pode pretender fazer das novidades tecnológicas um novo sistema jurídico (PEREIRA, 2004). Ignorar a legislação já existente, que encampa largamente a matéria de responsabilização e, diga-se, é mais protetiva ao usuário da rede, que não raro é vulnerável frente às grandes empresas que atuam na internet, por certo não é desejável.

Com essa premissa, partindo-se à análise mais detida do Marco Civil da Internet, particularmente da não responsabilização dos atores da internet e no recrudescimento do *notice and takedown* (outrora importado ao ordenamento nacional), não resiste a lei quando

em confronto com o Código de Defesa do Consumidor e mesmo com o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil – nem tampouco da jurisprudência até então consolidada (responsável pela referida importação) sobre responsabilização de intermediários de conteúdo, da qual, todavia, também se discorda.

Argumentos para justificar essa conclusão não são poucos, a iniciar pelo reconhecimento de que se exige dos órgãos da imprensa que tenham controle editorial sobre tudo o que disponibilizam, mesmo que o conteúdo seja gerado por terceiros e que, em tese, não haja nem sequer tempo hábil para tomada de decisão a seu respeito, como é o exemplo do REsp 331.182, em que foi condenada emissora de televisão por afirmações feitas em entrevista ao vivo, pelo entrevistado (RODAS, 2015). Por esses trilhos, da mesma forma ter-se-ia que concluir quando em análise os provedores da internet, que nada mais são do que disponibilizadores de informação na internet.

Ademais, decidir de outra maneira representaria verdadeira afronta ao princípio da igualdade, insculpido na Constituição Federal, por prever tratamento diferenciado a dois agentes da imprensa, como fator diferenciador somente o meio em que disponibilizam o conteúdo[15]. Se cabe a responsabilização da mídia impressa por determinada conduta, não há justificativa para se imunizar pela disponibilização do mesmo conteúdo, porém em meio digital - aí incluídas também as redes sociais e sites de relacionamento em geral, e não apenas jornais *online*.

Em sentido oposto, há quem sustente o posicionamento de que se deve realizar a diferenciação entre os provedores que de fato realizam o controle editorial dos conteúdos e os que unicamente funcionam como 'condutores' (*couriers*) da informação, como tais, as redes sociais. Aqueles teriam sempre responsabilidade pelo conteúdo, enquanto estes seriam livres de responsabilização até o comando de retirada de circulação das informações, a partir de quando seriam considerados conhecedores de que a atitude lesiva acontece, e com ela coadunando (se houver resistência ao pedido de retirada) (REINALDO FILHO, 2005, p. 173).

A fragilidade do posicionamento, contudo, está no fato de que, no caso da televisão ao vivo, por exemplo, também não se dá ao transmissor a oportunidade de funcionar como

[15] Nesta mesma linha, Miragem (2015, p. 823): "A incoerência de uma solução nesses termos se evidencia nos casos em que a mesma informação é publicada por veículos de comunicação social em sua forma tradicional (jornal impresso, radio ou televisão) e reproduzida no respectivo site, e inclusive se mantendo por mais tempo em destaque. Cingir-se o dano e seus regimes de responsabilidade, exigindo-se um procedimento em relação à informação divulgada na internet e outra em relação à divulgação tradicional, é incoerência que o sistema jurídico brasileiro não deve tolerar".

editor da resposta do entrevistado, mesmo assim, pode ser condenada a rede do programa televisivo a indenizar eventuais danos devido ao risco da atividade. Da mesma maneira, o argumento pressupõe que *sites* tradicionalmente considerados meros *condutores* de informação nunca realizam a editoração do conteúdo, o que não é verdade. Redes de relacionamento, a exemplo do conhecido *facebook*, há muito se dão o direito, em seus Termos de Uso de Serviços (FACEBOOK, 2015), de utilizar e repassar informações dos usuários, além de proibir publicações de determinados conteúdos, movidos por interesses privados econômicos e em nome do "interesse público". E outrossim, seguindo o argumento dos opositores da responsabilização dos *couriers*, pune-se quem se propõe a editorar o conteúdo, mas não quem não o faz, por escolha própria (RUSTAD; KOENIG, 2005, p. 366), o que pode ter um efeito nefasto, de afastar a intenção de revisão do conteúdo até mesmo para os meios que tradicionalmente a realizavam. Outro alerta que se faz, é que o Marco Civil da Internet nem ao menos faz a diferenciação entre *couriers* e editores, já diminuindo a necessidade de cuidado também destes. Incentiva-se, assim, o jornalismo descuidado e sem editoração.

Não bastasse, mesmo que se ignore a constatação de que as redes sociais de fato realizam controle editorial sobre os conteúdos quando é de seu interesse fazê-lo, não seria salutar à sociedade imputar-lhes a responsabilidade pelo risco do negócio? Se o escopo da atividade é expor a uma enorme quantidade de pessoas um volume incalculável de informação, e se com isso as grandes empresas que dividem a atenção do usuário no ambiente virtual se beneficiam (financeiramente e por meio de utilização das informações pessoais dos usuários para os mais diversos fins) – posicionamento tanto jurisprudencial (STJ, 2010) quanto doutrinário (MIRAGEM, 2011)[16] –, cristalino que se exacerba o risco de perpetração de ilícitos para muito além da normalidade, presente portanto o requisito para aplicação do artigo 927, parágrafo único do Código Civil.

A necessidade de responsabilização objetiva fica ainda mais clara quando se utiliza o Código de Defesa do Consumidor, considerando que o Superior Tribunal de Justiça, sem embaraço, reconhece a existência de relação de consumo em demandas envolvendo fornecedor de serviços na internet e consumidor pessoa física ou jurídica (ANDRIGHI, 2012). Decidir pelo contrário da responsabilização dos provedores de aplicações de internet

[16] Igualmente Martins e Longhi (2011, p. 201): "a manutenção de páginas pessoais nas redes sociais virtuais, ainda que não cobrada diretamente, é remunerada por meio dos contratos de publicidade e, portanto, constitui negócio jurídico oneroso".

objetivamente quando presente relação de consumo e reconhecida a vulnerabilidade de uma das partes da relação seria, assim, decidir contra a lei específica, o que não é aceitável, mesmo que haja legislação posterior (porém geral), sobre a matéria, com efeito, o Marco Civil da Internet[17].

No mais, tratando do sentido prático da responsabilização adequada dos agentes que difundem informação na rede: é de se perceber que reside com eles – sejam redes sociais, portais de informação, portais de varejo, ou quaisquer outros provedores de aplicações – a melhor possibilidade de evitar dano dos usuários (RUSTAD; KOENIG, 2005, p. 382-383) e, se entendem demasiado custoso editorar de fato os conteúdos (o que já fazem quando é de seu interesse), que pelo menos respondam quando estes porventura se mostrarem lesivos a outros usuários.

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

O efeito censor da responsabilização, que tanto se teme, a ponto de instituir a notificação judicial para retirada do conteúdo como marco da responsabilização, nada mais é do que o devido controle editorial que se deve realizar sobre os textos disponibilizados nas plataformas dos intermediários (RODAS, 2015). Não constitui censura privada a diligência na disponibilização de conteúdo; pelo contrário, é o correto dimensionamento da liberdade de expressão, na medida em que não são por ela protegidos atos atentatórios à honra, à imagem e à privacidade alheias[18].

---

[17] Assim, Oliveira (2014, p. 287): "É preciso, no entanto, conferir interpretação ao art. 20 do diploma cibernético em compatibilidade com as diretrizes constitucionais de defesa do consumidor, que, qual timoneiro, guia o ordenamento jurídico a progredir, e não a regredir, na tutela das relações de consumo". Também coadunando com o posicionamento exposto, Miragem (2015, p. 822): "Ora, não se cogita que os sites que ofertem produtos e serviços a consumidores isentem-se do regime de responsabilidade previsto no Código de Defesa do Consumidor pelo simples fato de a Lei n 12.965/2014, a rigor, colocá-los sob a égide da definição de provedores de aplicações de internet". Este mesmo autor, cerca de um ano antes do *leading case* do Superior Tribunal de Justiça, de forma um tanto quanto vanguardista, posicionou-se defendendo a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em comento (MIRAGEM, 2009).

[18] Para minucioso estudo monográfico sobre este ponto, cf. LEONARDI, 2012.

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

Outro efeito danoso também daí advém: se os provedores de conteúdos de internet se recusarem a atender qualquer demanda dos usuários que não seja judicial (e com direito, conforme o texto da Lei), ter-se-á o aumento do número de demandas judiciais a respeito do assunto, atribulando ainda mais o trabalho do Judiciário brasileiro e possivelmente atrasando a resposta os novos pedidos de retirada, que certamente surgirão, por não haver incentivo aos *websites* para aplicar sanções (como bloquear o uso de suas plataformas) aos perpetradores dos danos[19].

Mesmo os *condutores de informações* (*couriers*), que não se propõem a editorar informações, não são *dumb pipes* de informação: quer se observe ou não, eles têm ingerência sobre os conteúdos disponibilizados por terceiros em suas páginas, e delas se beneficiam, seja direta ou indiretamente (RUSTAD; KOENIG, 2005, p. 373). No mais, não se retira a possibilidade de ação de regresso do provedor eventualmente responsabilizado contra os terceiros criadores da informação – o que por sua vez incentiva os *websites* a colherem informações mais cuidadosas sobre seus usuários –, ou de mover ação judicial contra pessoas que indevidamente noticiarem os sites sobre a ocorrência de situações danosas, extrajudicialmente, de má-fé.

Finalmente, questionável também a utilização do *notice and takedown* por notificação extrajudicial apenas em casos de disponibilização de cenas de caráter sexual ou de nudez, no caso do Marco Civil da Internet, porque representa injustificada distinção moral do legislador sobre os atos que causam maior lesão à intimidade, sem relação com a verificação das situações que podem causar igual ou maior dano no caso concreto (RODAS, 2015).

Revela-se, assim, que, aos olhos da legislação concernente à responsabilidade civil, e para a proteção das pessoas no ambiente virtual, sem correr o risco de criar um mecanismo de

[19] Sobre esta problemática da sobrecarga do judiciário acrescenta Martins (2014, p. xviii) a seguinte crítica: "Em plena era dos meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, o Marco Civil judicializa questões que já se encontravam resolvidas através de outros instrumentos mais ágeis, […]".

censura privada, nem tampouco de violar supostos direitos dos provedores de aplicações de internet, deve-se responsabilizá-los pelo conteúdo gerado por terceiro, porque o dano decorre do risco da atividade.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento da internet, com as incontáveis possibilidades de acessibilidade que permite, e com seu potencial quase ilimitado para conectar as pessoas por meio das diversas aplicações ali disponíveis, potencializa também as hipóteses de causação de dano pelo conteúdo nela divulgado. Mais do que isso, potencializa o próprio dano, dada a sua abrangência mundial e a virtual impossibilidade de retirar de circulação informações colocadas na rede.

Se é certo que a divulgação de informações caluniosas, difamadoras, injuriantes, por exemplo, dá direito à indenização da pessoa lesada pelos danos sofridos, menos evidente, para os tribunais brasileiros, parece a possibilidade de responsabilização dos provedores de aplicações de internet quando o conteúdo lesivo é criado por terceiro, porém divulgado por meio de suas plataformas. Assim, por muito tempo restou incerta a resposta ao questionamento central deste trabalho: devem os provedores de aplicações de internet ser responsabilizados por conteúdos gerados por terceiros?

Em um primeiro momento, com base nas teorias do risco criado ou do risco proveito, ou pela consideração de que provedores de aplicações são, essencialmente, fornecedores em relações de consumo havidas com os usuários da rede, concluiu-se cabível a responsabilização objetiva dos provedores. Chegando ao Superior Tribunal de Justiça, no entanto, pelo receio da ocorrência de violação à liberdade de expressão (por uma suposta possibilidade de incentivo da censura privada do conteúdo) ou ao sigilo das correspondências – ou seja, encontrando no espaço da internet alguma semelhança como espaço público –, fixou-se entendimento no sentido de que os provedores, ainda que podendo ser identificados como fornecedores, somente seriam responsabilizados pelos danos causados por conteúdos gerados por terceiros se fossem notificados, extrajudicialmente, pela vítima, e se recusassem a fazer cessarem as lesões. Mérito maior do tribunal superior talvez tenha sido a recepção da sistematização doutrinária, nacional e estrangeira, dos diferentes provedores de aplicações em categorias com as especificidades de cada tipo de relação na internet – categorização esta que, até hoje, é

utilizada como referência ao se tratar do assunto. No entanto, esposou posicionamento que diminuía a incidência de responsabilização, dificultando a indenização das pessoas lesadas.

No mesmo sentido, porém com ainda mais limitações, foi aprovada no início do ano de 2014 a Lei n. 12.965, Marco Civil da Internet, que, para além de simplificar sobremaneira a sistematização adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, veio propor novas formas de regulamentação da internet (garantia de neutralidade da rede, proteção da privacidade dos usuários, limitação do uso de dados pessoais pelos provedores), dentre as quais a imposição de notificação judicial dos provedores para ser possível sua responsabilização diante de danos ocorridos por conteúdos criados por terceiros. Para casos envolvendo conteúdo sexual ou nudez, manteve a suficiência da notificação extrajudicial.

Apesar de celebrada a criação da Lei, com ampla participação popular, considera-se que tais posicionamentos representam, em verdade, um retrocesso na proteção da pessoa (que seria justamente a justificativa maior para a criação do Marco Civil). O que se vê é que os tradicionais mecanismos da responsabilidade civil garantiriam, em verdade, a responsabilização objetiva e direta do provedor de internet, como fizeram os tribunais nas primeiras apreciações de casos envolvendo esta temática. Desse modo, até mesmo o consolidado posicionamento do Superior Tribunal de Justiça aparece, na trajetória da responsabilidade civil na internet, como um passo para trás, em especial nas relações de consumo que se passam na rede.

Admite-se tal conclusão a partir da constatação de que, independentemente de ocorrerem na rede, os danos causados nas relações entre usuário e provedor já estão abrangidos pela legislação. Para sanar dúvida que reste nesse sentido, basta que se permite a responsabilização de emissoras de rádio, de televisão, ou às mídias impressas quando danos são causados aos seus consumidores (ouvintes, espectadores, leitores, clientes) por conteúdos gerados por terceiros, com ou sem editoração prévia. Nem mesmo a editoração, ou não, do conteúdo com antecedência, distingue a possibilidade de responsabilização, destacando-se, ainda, que os provedores que se dizem meros couriers de informações, muitas vezes efetuam a editoração de informações em seu próprio benefício. Não há, entre estes casos, fator de diferenciação justo para que, no ambiente virtual negue-se a responsabilização.

Outrossim, mesmo quando não se trate de relação de consumo, nem mesmo equiparada, amoldam-se as hipóteses dos provedores de aplicações àquelas previstas em relação ao risco da atividade. De fato, tratando-se as atividades dos provedores de

disponibilizar acesso imediato a informações a seus muitos usuários, claramente submetem-nos ao risco exacerbado de dano. Disso se beneficiam, direta ou indiretamente, e, portanto, devem também por isso responder.

Quanto às ressalvas sobre a equiparação do controle das informações à censura privada, ou à violação do sigilo das comunicações (violação à liberdade de expressão e à privacidade), rememora-se que o controle das informações ilícitas é a mera editoração responsável do conteúdo divulgado a público, e que se dá no espaço privado, e não público. Não se fala, no mais, de vedação ao conteúdo lícito, mas apenas responsabilização pelo lesivo.

Por fim, como consequência do procedimento adotado pelo Marco Civil, é possível que se privilegie não só a editoração irresponsável dos conteúdos (ou a ausência completa dela), mas também a sobrecarga do Judiciário, que será chamado a interferir em, possivelmente, todas as situações em que tenha sido causado dano por ato de terceiro na internet. E mais, há um aumento do tempo de resposta e de reparação, dado que a vítima deverá aguardar a intermediação do juízo, e, especificamente quanto à previsão do Marco Civil da Internet, a injustificada distinção moral do legislador sobre os atos que causam maior lesão à intimidade, sem relação com a verificação das situações que podem causar igual ou maior dano no caso concreto.

Conclui-se, pois, pela necessidade de responsabilização dos provedores de aplicações de internet por conteúdos gerados por terceiros, independentemente de notificação judicial ou extrajudicial, seja pela consideração de que o dano decorre do risco da atividade, seja pela consideração de que os provedores de aplicações são, em essência, fornecedores em relações de consumo — o que chama a incidência do Código de Defesa do Consumidor, em oposição ao que dispõe a legislação vigente, e ao que propunha o Superior Tribunal de Justiça.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Violação do direito à honra no mundo virtual: a (ir)responsabilidade civil dos prestadores de serviço da internet por fato de terceiros. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Orgs.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. 462 p. 226-280.

ALMEIDA, Juliana Evangelista. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. *Revista de Direito Privado*, v. 62, p. 97-116, abr./jun. 2015.

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

BENTO, Leonardo Valles. Liberdade de expressão na Internet: alguns parâmetros internacionais e o direito brasileiro. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 136, 2014.
BEZERRA, Arthur Coelho; WALTZ, Igor. Privacidade, neutralidade e inimputabilidade da internet no Brasil; avanços e deficiências no projeto do marco civil. *Revista Eptic* [on-line], v. 16, n. 2, p. 161-175, mai./ago. 2014.
BRANCO, Sérgio. O marco civil e a responsabilidade por conteúdos gerados por terceiros. *ComCiência*, Campinas, n. 158, mai. 2014.
BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.
_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.193.764/SP*. Brasília, 14 de dezembro de 2010. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000845120&dt>. Acesso em: 10 jan. 2016.
_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.308.830/RS*. Brasília, 8 de maio de 2012. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201102574345&dt_publicacao=19/06/2012>. Acesso em: 10 jan. 2016.
CALIFANO, Bernadette. La neutralidad de la red y los desafíos para su regulación. *Revista Eptic* [on-line], v. 15, n. 3, p. 19-37, 2013.
COIMBRA, Luiz Fernando Santos Lippi. O marco civil e a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por atos ilícitos de terceiros. *ComCiência*, Campinas, n. 158, mai. 2014.
COLAÇO, Hian Silva. Responsabilidade civil dos provedores de internet: dialogo entre a jurisprudência e o marco civil da internet. *Revista dos Tribunais*, v. 957, p. 109-134, jul. 2015.
CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violações à honra praticadas por terceiros: antes e pós-marco civil da internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 185-231, mai./jun. 2015.
_____ *et al*. Um estudo do caso Xuxa vs. Google Search (RE SP 1.316.921): o direito ao esquecimento na internet e o STJ. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, p. 335-355, jan./jun. 2014.
FACEBOOK. Declaração de direitos e reponsabilidades. Disponível em: <http://www.facebook.com.legal/terms> Acesso em 18/07/2015.
FERREIRA, André Pulier *et al*. O limite entre o direito e a ilegalidade. In: Congresso Nacional Universidade, EAD e Software Livre, v. 2, 2012, Belo Horizonte. *Anais...*. Disponível em: <http://ueadsl.textolivre.pro.br/2012.2/papers/upload/23.pdf> Acesso em: 16/07/2015.
GANS, Joshua S. Weak versus strong net neutrality. *Journal of Regulatory Economics*, v. 47, n. 2, p.183-200, dez. 2014.
GARCIA, Rebeca. Marco civil da internet no Brasil: repercussões e perspectivas. *Revista dos Tribunais*, v. 964, p. 161-190, fev. 2016.
GUO, Hong; CHENG, Hsing Kenneth; BANDYOPADHYAY, Subhajyoti. Broadband network management and the net neutrality debate. *Production And Operations Management*, v. 22, n. 5, p.1287-1298, 2013.
LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
_____. Responsabilidade dos provedores de serviços de Internet por atos de terceiros. In:

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel Jorge Pereira (orgs.). Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação. São Paulo: Saraiva, 2007.
_____. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Sairava, 2012.
LONGHI, João Victor Rozatti. Marco civil da Internet no Brasil: breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito privado e internet*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 109-146.
LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 510 p.
LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Direito & Internet*: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2001.
MADALENA, Juliano Souto Moreira. Comentários ao marco civil da internet - Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 94, p. 329-350, jul./ago. 2014.
_____. *Dever e responsabilidade*: análise da responsabilidade civil das aplicações de internet. 2015. 91 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.
MARTINS, Guilherme Magalhães. (Coord.). *Direito privado e internet*. São Paulo: Atlas, 2014. 535 p.
_____. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 397 p.
_____; LONGHI, João Victor Rozatti. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais; responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 78, p. 191-220, abr./jun. 2011.
MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão.* Florianópolis: Insular, 2008.
_____; PINHEIRO, Denise. Liberdade de informar e direito à memória: uma crítica à ideia do direito ao esquecimento. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, p. 808-838, 2014.
MIRAGEM, Bruno. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre provedores de conteúdo da internet e seus consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 79, p. 407-433, p. 2011.
_____. *Direito civil*: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015. 876 p.
_____. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor; desafios atuais da regulação jurídica da internet. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 70, p. 41-92, abr./jun. 2009.
NETTO, Antonio Joaquim Fernandes. Responsabilidade do provedor de internet. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 2, p. 551-561, mar. 1998.
OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Aspectos principais da Lei 12.965-2014, o marco civil da internet: subsídios à comunidade jurídica. *Revista de Direito das Comunicações*, v. 7, p. 271-289, jan./jun. 2014.
PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na Internet.* 2. ed. Curitiba: Jaruá, 2004.
PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito digital. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 411 p.
PODESTÁ, Fábio Henrique. Direito à intimidade. Liberdade de imprensa. Danos por publicação de notícias. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). *Constituição Federal de 1988*: dez anos (1988-1998). São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 203
REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. *Responsabilidade civil por publicações na internet.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.
RODAS, Sergio. Rede social deve responder objetivamente por conteúdo ofensivo diz professor. *Consultor Jurídico.* 12 jul. 2015. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2015-jul-12/redes-sociais-responder-objetivamente-teor-ofensivo-professor>. Acesso em: 18/07/2015.

RODRIGUES, Cunha. Informática e reserva da vida privada. In: *Comunicação e Defesa do Consumidor*. Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996.

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

SIERRA, Joana de Souza. *Um estudo de caso*: o direito ao esquecimento contra a liberdade de imprensa. 2013. 89 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/117152>. Acesso em: 20 jul. 2015.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de (Org.). Responsabilidade civil dos provedores de internet: uma década à procura de regulação. In: GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil*: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014. 430 p. p. 143-170.

TAVEIRA JR., Fernando. Ponderações acerca da responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet por atos de terceiros. *Revista dos Tribunais*, v. 942, p. 71, abr. 2014.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Responsabilidade civil e liberdade de expressão no marco civil da internet: a responsabilidade civil dos provedores por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. *Revista de Direito Privado*, v. 63, p. 59-83, jun./set. 2015.