

**ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

DANÚBIA GABRIELA DE LIMA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO
DE CONTEÚDO PELO DANO GERADO POR TERCEIROS**

**Caruaru
2017**

DANÚBIA GABRIELA DE LIMA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO
DE CONTEÚDO PELO DANO GERADO POR TERCEIROS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Silvano José Gomes Flumignan.

Caruaru

2017

DANÚBIA GABRIELA DE LIMA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO DE
CONTEÚDO PELO DANO GERADO POR TERCEIROS**

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Dr. Silvano José Gomes Flumignan

Primeiro(a) Avaliador(a)

Segundo(a) Avaliador(a)

Caruaru

2017

Aos meus queridos pais e ao meu companheiro, por
todo amor, apoio e incentivo a mim dispensados.

AGRADECIMENTOS

Agradeço essa e todas as minhas demais conquistas primeiramente a Deus, pois sem Ele eu não teria forças para concluir essa longa jornada.

Aos meus amados pais, que tanto se esforçaram e se doaram para que eu chegasse até aqui.

A Lucas, meu companheiro e meu maior incentivador, que esteve desde o início e a todo momento do meu lado.

Ao meu orientador, Professor Dr. Silvano José Gomes Flumignan, pelos seus valiosos ensinamentos e pelas valorosas orientações que tanto contribuíram para o desenvolvimento do presente trabalho.

Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.

Eduardo Couture.

RESUMO

O presente trabalho visa tratar da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros, considerando os aspectos mais relevantes sobre o assunto e analisando as principais divergências doutrinárias que existem sobre o mesmo. Para tanto, fez-se uso da metodologia da pesquisa bibliográfica, da pesquisa exploratória e da pesquisa descritiva, através de uma abordagem qualitativa dos dados, tudo isso para se atingir os objetivos da pesquisa, quando, para melhor sistematizar o estudo e facilitar a compreensão acerca do assunto, o presente trabalho foi dividido em três capítulos, o primeiro capítulo abordando os provedores de serviços de internet em geral; o segundo capítulo tratando dos provedores de aplicação no Marco Civil da Internet; e o terceiro capítulo realizando uma análise acerca da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de conteúdo sob a ótica do Marco Civil da Internet e também do Código de Defesa do Consumidor, destacando, assim, a antinomia jurídica existente entre os mesmos em matéria de responsabilidade civil desses provedores pelo dano gerado por terceiros. Através da realização do presente estudo, restou constatado que o entendimento doutrinário dominante defende a responsabilização civil subjetiva e extrajudicial dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros, caso os mesmos não retirem da rede o conteúdo infringente, assim que notificados pelo ofendido, revitalizando-se, dessa maneira, a figura do *notice and take down*, tudo isso visando-se à melhor proteção dos direitos dos usuários da internet, em acordo com o que preceitua principalmente a Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Provedores de Aplicação de Conteúdo. Dano Gerado por Terceiros. Marco Civil da Internet. Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT

The purpose of this study is to deal with the civil liability of content application providers for the damage generated by third parties, considering the most relevant aspects on the subject and analyzing the main doctrinal differences that exist about it. To this end, the methodology of the bibliographical research, exploratory research and descriptive research, through a qualitative approach of data were used, all this in order to achieve the objectives of the research, when, for better systematizing the study and facilitate understanding of the subject, the present study was divided into three chapter, the first chapter addressing internet service providers in general; the second chapter dealing with application providers in the Civil Mark of the Internet; and the third chapter conducting an analysis of the civil liability of content application providers from the perspective of the Civil Mark of the Internet and also of the Consumer Protection Code, thus highlighting the existing legal antinomy between them in matters of civil liability of these providers for the damage generated by third parties. Through the present study, remained determined that the dominant doctrinal understanding defends the subjective and extrajudicial civil liability of content application providers for the damage generated by third parties, if they do not remove the infringing content from the network, as soon as notified by the victim, thus revitalizing the figure of the notice and take down, all this in order to better protect the rights of internet users, in accordance with the provisions mainly the Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: Civil Liability. Content Application Providers. Third Party Generated Damage. Civil Mark of the Internet. Consumer Protection Code.

LISTA DE ABREVIATURAS/SIGNIFICAÇÕES

Cibercrime/Crime cibernético – termos utilizados para se referir a crimes praticados na internet ou através dela, utilizando um computador ou uma rede de computadores como meio de crime ou como uma ferramenta ou base de ataque para o cometimento de crimes;

Copyright – direito autoral, ou seja, direito exclusivo do autor, compositor ou editor sobre certa obra literária, artística ou científica;

Hosting – significa hospedagem, servindo para denominar servidores que suportam as atividades de outros servidores/computadores;

Internet – rede mundial de computadores dispersos por todo o planeta que trocam dados e mensagens;

IP – um número único que identifica um dispositivo em uma rede, e cuja sigla significa *internet protocol*;

Judicial notice and take down – termo que reflete a necessidade de ordem judicial para que um provedor de conteúdo seja obrigado a retirar o conteúdo infringente da internet;

Link – ligação existente entre sites, páginas, documentos, e-mails, dentre outros arquivos na internet;

Login – formado pela junção dos termos *log* e *in*, significa ter acesso a uma conta de e-mail, a um computador, a um celular ou a outro serviço fornecido por um sistema informático;

Middleware – provedores de aplicação de internet;

Notice and take down – termo que reflete a desnecessidade de ordem judicial, bastando apenas a notificação do titular ofendido para que o provedor seja obrigado a retirar o conteúdo infringente da rede;

Online – conectado à internet, à rede mundial de computadores;

Provedor de backbone – consiste na estrutura física da internet, sendo composto pelo conjunto de computadores que a compõem e também pelos meios físicos que interconectam os mesmos;

Sítio – um lugar na internet que serve para algo ou um espaço ocupado na internet;

Websites – sites e páginas eletrônicas disponíveis na internet;

World Wide Web – rede mundial de computadores, cuja sigla é *www*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 CONCEITO DE PROVEDORES.....	12
1.1 Conceito de provedores de serviços de internet em geral.....	12
1.2 Espécies de provedores de serviços de internet.....	13
1.3 Classificação dos provedores de acordo com a Lei nº. 12.965/2014.....	21
2 PROVEDORES DE APLICAÇÃO NO MARCO CIVIL.....	24
2.1 Considerações gerais acerca da Lei nº. 12.965/2014.....	24
2.2 Princípios do Marco Civil da Internet.....	26
2.3 Uso da internet no Brasil após a Lei nº. 12.965/2014: as principais mudanças.....	30
2.4 Provedores de aplicação de conteúdo e seu dever de guarda dos registros....	34
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO DE CONTEÚDO PELO DANO GERADO POR TERCEIROS.....	38
3.1 Lei nº. 12.965/2014 e a responsabilidade civil dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros.....	38
3.2 Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade civil dos provedores de aplicação de conteúdo.....	47
3.3 Excludentes de responsabilização dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros.....	53
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa tratar do tema da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros no ordenamento jurídico brasileiro, considerando os aspectos mais relevantes sobre o assunto, bem como analisando as principais divergências doutrinárias que existem sobre o mesmo.

Pode-se compreender que os provedores de aplicação de internet são provedores que podem ser empresas ou organizações que exploram e ofertam negócios abalizados em aplicações e serviços desenvolvidos exatamente para explorar o potencial da internet. Geralmente esses provedores possuem objetivos econômicos e fornecem um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas através de um terminal conectado à internet, e abrangem geralmente provedores de conteúdo, provedores de correio eletrônico e provedores de hospedagem.

Por sua vez, os provedores de conteúdo podem ser considerados como meios eletrônicos de divulgação de dados e informações através da rede mundial de computadores, disponibilizando esses conteúdos, que podem ser de autoria própria ou de terceiros, para os usuários que queiram aos mesmos ter acesso.

É fato que o Marco Civil da Internet veio para regulamentar relevantes questões pertinentes ao uso da internet e suas interações, estabelecendo verdadeiro marco para que esse tema pudesse ser discutido em suas devidas particularidades. Contudo, a questão da responsabilização civil dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros, mesmo após a edição da referida Lei, ainda se constitui em um tema que causa muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais, suscitando acalorados debates jurídicos, especialmente na doutrina, ainda nos dias atuais.

Nesse contexto, e em face da relevância e da atualidade do tema, foi que surgiu na pesquisadora o interesse em abordar o assunto através do desenvolvimento do presente trabalho, que se utilizou da metodologia da pesquisa bibliográfica, da pesquisa exploratória e da pesquisa descritiva, mediante uma abordagem qualitativa dos dados, analisando os principais aspectos relativos ao tema para, assim, se atingir os objetivos do estudo.

Assim, para melhor sistematizar o estudo e facilitar a compreensão acerca do assunto, o presente trabalho está dividido em três capítulos, quando o primeiro

capítulo aborda os provedores de serviços de internet em geral, traçando seu conceito, sua classificação de acordo com a doutrina e também a classificação dos provedores de acordo com a Lei nº. 12.965/2014.

O segundo capítulo trata dos provedores de aplicação no Marco Civil da Internet, traçando inicialmente as considerações gerais mais relevantes acerca da Lei nº. 12.965/2014, delineando os princípios que o Marco Civil estatuiu para a utilização da internet no país, destacando as principais mudanças ocorridas no uso da internet no Brasil após a Lei nº. 12.965/2014, e encerrando a abordagem tratando do importante dever de guarda dos registros de acesso que os provedores de aplicação de conteúdo possuem.

Por fim, o terceiro e último capítulo do trabalho adentra no tema objeto de estudo direto do presente trabalho, que é a análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros, quando inicialmente se tratou do instituto jurídico da responsabilidade civil em si, para em seguida se analisar a responsabilidade civil dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros estabelecida pelo Marco Civil da Internet, e logo após se tratar da responsabilidade civil desses provedores de acordo com o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, analisando, assim, a antinomia jurídica existente entre o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet em matéria de responsabilidade civil desses provedores pelo dano gerado por terceiros, finalizando a presente abordagem tratando justamente das excludentes de responsabilização de tais provedores.

1 CONCEITO DE PROVEDORES

1.1 Conceito de provedores de serviços de internet em geral

Antes de se tratarem dos provedores de aplicação de conteúdo, relevante se compreender primeiramente o que são os provedores de serviços de internet em geral.

O provedor de serviços de internet se constitui no gênero do qual o provedor de *backbone*, o de correio eletrônico, o de hospedagem, o de acesso e também o de conteúdo são espécies. O provedor de serviços de internet é justamente a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da internet, ou então através dela. Muito embora comumente oferecidos conjuntamente, esses são atividades e serviços completamente distintos que podem ser prestados ou oferecidos por uma mesma empresa ou então por diversas empresas a seus usuários, de forma separadamente (LEONARDI, 2005; 2012).

Portanto, pode-se entender que os provedores de serviços de internet são empresas que possuem como atividade o provimento de conectividade à internet, a publicação de informações e de conteúdos multimídias e a hospedagem desses conteúdos, podendo essas atividades serem exercidas separadamente ou de maneira cumulada (TORRES, 2001).

Constata-se, portanto, que o conceito de provedores de serviços de internet é bastante amplo, englobando, assim, todos os provedores que prestam os mais distintos serviços relacionados à internet.

Segundo o que dispõe Vasconcelos (2003a), torna-se importante destacar as diversas espécies de provedores de serviços de internet justamente porque cada uma dessas espécies tem diferentes características e finalidades, o que gera, conseqüentemente, também distintas maneiras de aplicação da responsabilidade civil para cada um desses provedores de serviços de internet.

Leonardi (2005; 2012) ainda esclarece que os provedores de serviços de internet devem obedecer a certas imposições legais, podendo-se, assim, destacar como sendo os principais deveres que podem ser legalmente impostos a esses provedores justamente a utilização de tecnologias apropriadas; a manutenção das informações por tempo determinado; o conhecimento dos dados de seus usuários; a manutenção do sigilo em relação os dados dos usuários; o não monitoramento e a

não censura dos dados; e a prestação de informações em face de ato ilícito cometido por um usuário.

Esclarecido isso, torna-se relevante abordar cada uma dessas espécies de provedores de serviços de internet, tudo isso visando caracterizá-las e, assim, facilitar uma melhor compreensão acerca das mesmas, evitando-se, dessa maneira, confusões conceituais e equívocos em relação à responsabilização civil de cada uma dessas espécies.

1.2 Espécies de provedores de serviços de internet

Depois de explicado o que são provedores de serviços de internet, passa-se agora a abordar cada uma de suas espécies, isso segundo o que leciona a doutrina. Nesse sentido, e começando-se a abordagem pelo provedor de *backbone*, pode-se afirmar que o mesmo se constitui no esqueleto físico composto por diversos aparelhos, máquinas, cabos, fios, canais de satélites e linhas telefônicas que possibilitam, por sua vez, conexão à internet, transmitindo, assim, os dados ali contidos (LAGO JÚNIOR, 2001).

Partilhando do mesmo posicionamento, Lemos (2005) dispõe que os provedores de *backbone* correspondem exatamente à estrutura física da internet, sendo compostos pelo conjunto de computadores que a compõem e também pelos meios físicos que interconectam os mesmos, como linhas telefônicas, ondas de rádio, fibras óticas, dentre outros.

A partir de sua definição, entende-se que os provedores de *backbone* constituem justamente a base, o alicerce para que os demais provedores possam exercer e desenvolver suas atividades, tendo essa espécie de provedor de serviços de internet, portanto, relevância essencial na prestação dos serviços de internet das demais espécies de provedores.

Observem-se agora os ensinamentos de Martins (2008, p. 282), que explica que essa espécie de provedor:

[...] Oferece conectividade, vendendo acesso à sua infraestrutura a outras empresas que, por sua vez, repassam o acesso ou hospedagem ao usuário final, ou simplesmente utilizam a rede para fins institucionais internos. O usuário final, que utiliza a internet por meio de um provedor de acesso ou hospedagem, dificilmente manterá alguma relação negocial com o provedor de *backbone*.

Logo, inexistente relação de consumo entre os provedores de *backbone*, de um lado, e os provedores de acesso e hospedagem, do outro, pois estes revendem a conectividade a terceiros, estes sim consumidores, que funcionam como destinatários finais do serviço. O serviço de *backbone*, portanto, é adquirido para revenda ou aplicação, direta ou indireta, na atividade empresarial daqueles fornecedores.

E, assim, por serem bastante onerosos, demandando altos investimentos, comumente os provedores de *backbone* são pessoas jurídicas, que ofertam essa tecnologia, através de pagamento, para os provedores de acesso e para os provedores de hospedagem. Os provedores de *backbone* não possuem vínculo direto com os usuários, na medida em que os mesmos somente dispõem da sua aparelhagem física para que os já citados provedores de acesso ou de hospedagem ofertem seus serviços aos seus destinatários finais. Conseqüentemente, não existe uma relação de consumo entre os provedores de *backbone* e os usuários da internet (destinatários finais) (LEONARDI, 2005; 2012).

É isso que também dispõem Oliveira e Peres (2013, p. 138), ao afirmarem que:

O provedor de *backbone* oferece sua rede para os provedores de acesso e hospedagem revendê-la a terceiros; assim, não há relação de consumo entre eles. Dessa forma, o terceiro que utiliza o provedor de acesso ou hospedagem desconhece o provedor de *backbone*, não havendo relação jurídica com eles.

Em se tratando dos provedores de acesso, os mesmos são instituições que se ligam à internet, partindo de um ponto de presença ou de outro provedor, visando obter conectividade IP e repassá-las exatamente a outras instituições e a outros usuários, em caráter comercial ou não. Portanto, os provedores de acesso são responsáveis pela conexão à internet, motivo esse exatamente pelo qual eles são considerados uma “atividade-meio”, tendo em vista que, mediante um contrato de prestação de serviços, é consentido ao usuário (destinatário final da internet) o acesso à rede, revelando-se que os provedores de acesso são aqueles que servem obrigatoriamente de elemento de conexão, de ligação entre o internauta emissor e o internauta receptor (VASCONCELOS, 2003a).

Binicheski (2011) define os provedores de acesso como sendo os fornecedores de serviços que consistem exatamente em permitir o acesso de seus consumidores à internet.

Isso deixa claro que tais provedores podem ser considerados como sendo uma ponte que liga a internet aos seus usuários, sendo responsáveis exatamente por conectar seus usuários à rede mundial de computadores, utilizando-se dos recursos disponibilizados pelos provedores de *backbone*, dos quais os mesmos dependem diretamente para poder desenvolver suas atividades e prestar seus serviços aos seus usuários.

Leonardi (2005; 2012) ressalta que o provedor de acesso se limita à prestação de serviços de conexão à rede mundial de computadores, ou seja, à internet, não devendo ser o mesmo confundido com as outras espécies de provedores de serviços de internet, mas já destacando-se aqui, ainda, que uma sociedade empresarial de provedor de acesso também pode muito bem ser provedora de outras espécies de serviços, como, por exemplo, o de informação e o de conteúdo.

Ao tratar dessa espécie de serviço de internet, Oliveira e Peres (2013) esclarecem que os provedores de acesso possuem a única função de prover acesso à internet aos seus usuários, não sendo os mesmos responsáveis pelo fornecimento de serviços adicionais, como, por exemplo, hospedagem, conteúdo, correio eletrônico. Destaque-se que, independente do fato de o provedor de acesso ser gratuito ou comercial, esse tipo de provedor é o fornecedor, ao passo que seus usuários são os consumidores, revelando que há uma relação jurídica de consumo entre os mesmos, relação essa que é regida por contrato de serviços, que é comumente um contrato de adesão, que não possibilita mudanças em suas cláusulas, sendo, portanto, essa relação exatamente tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Os provedores de correio eletrônico, segundo Souza (2006), são aqueles que disponibilizam ao usuário um nome para *login* e uma senha concebida pelo próprio usuário/internauta para que o mesmo, de posse desses dados, tenha acesso a um sistema particular de e-mails na internet, através do qual poderá trocar mensagens de e-mails com outros internautas. Portanto, para que os usuários possam utilizar dos serviços prestados pelos provedores de correio eletrônico se faz necessário que esses usuários estejam conectados à internet, estando os serviços desse tipo de

provedores diretamente ligados aos serviços ofertados pelos provedores de acesso (LEONARDI, 2005; 2012).

Martins (2008), ao tratar dos provedores de correio eletrônico, dispõe que os mesmos disponibilizam aos seus usuários um sistema de correio eletrônico que permite a troca de mensagens, reservando a esses usuários uma caixa postal através de um computador que se denomina servidor de e-mail, tendo essa espécie de provedor como função armazenar as mensagens recebidas pelos usuários na citada caixa postal, comunicando sua recepção, e também enviar os e-mails por esses usuários originados.

Oliveira e Peres (2013, p. 140) assim se manifestam acerca desse tipo de provedores:

O provedor de correio eletrônico tem a função de fornecer ao usuário nome e senha para uso de um sistema informático que disponibiliza o enviar e receber de mensagens, além de um espaço em um servidor remoto para guardar essas mensagens. Esse espaço fornecido é limitado e o usuário tem a opção de armazenar as mensagens em outro disco rígido, em seu computador ou no *world wide web* através de seu nome e senha.

Compreende-se que os provedores de correio eletrônico nada mais são do que o que geralmente se conhecem por e-mails, e que possibilitam a troca e o armazenamento de mensagens entre os usuários desse tipo de serviço de internet, facilitando a comunicação e a interação entre esses usuários, com os mais variados fins, quer sejam pessoais, comerciais, publicitários, de entretenimento, dentre outros.

Leonardi (2005; 2012) ainda esclarece que a prestação de serviços dos provedores de correio eletrônico pode ser feita de maneira onerosa, através de uma remuneração paga diretamente pelo consumidor, ou de maneira aparentemente gratuita para o consumidor, através de uma remuneração indireta, como, por exemplo, de anúncios inseridos no início ou no final das mensagens, da venda dos dados cadastrais dos usuários a empresas interessadas, do envio de propagandas pelo correio eletrônico. Essa relação jurídica que há entre o provedor de correio eletrônico (na qualidade de prestador de serviços) e o usuário (na qualidade de destinatário final do serviço prestado por esse provedor) é sim uma relação de consumo, estabelecida através de contratos que costumam ser de adesão.

Barbagalo (2003) defende que os provedores de correio eletrônico não podem ser responsabilizados pelas mensagens indesejadas e que não foram solicitadas, na medida em que os mesmos não exercem qualquer atividade de triagem ou fiscalização acerca do conteúdo enviado entre os usuários. Também não respondem esses provedores por mensagens difamatórias ou que tragam consigo arquivos danosos, posto que os mesmos não têm a obrigação de analisar o conteúdo e muito menos de filtrar as mensagens de seus usuários, o que lhe é inclusive proibido, pois configuraria verdadeira violação do direito à privacidade dos usuários.

Já os provedores de hospedagem são aqueles que, através de um pagamento, prestam serviços de armazenamento de páginas e de sites de provedores de conteúdo em seus servidores, com a finalidade de que os usuários possam justamente se comunicar uns com os outros (VASCONCELOS, 2003a).

Peck (2002, p. 254) defende que “o provedor de hospedagem é entendido como uma forma de hospedagem eletrônica, locando parte do servidor para distribuição de conteúdos e serviços pela rede”.

Leonardi (2005; 2012) esclarece que os serviços prestados pelos provedores de hospedagem consistem em guardar dados eletrônicos em servidores próprios e de possibilitar o acesso a esses dados armazenados segundo o que foi estipulado através de contrato com o usuário contratante que determinou a sua guarda. Esse usuário contratante pode determinar que o provedor de hospedagem apenas guarde os dados sigilosos em seu servidor, não possibilitando que ninguém tenha acesso aos mesmos; pode determinar que somente os seus funcionários possuam acesso liberado aos dados armazenados; ou, então, permitir que qualquer internauta tenha acesso liberado a esses dados.

Isso revela que os provedores de hospedagem são responsáveis pelos locais onde os *websites* são armazenados na internet, quando todos os usuários/internautas que os visitarem estarão acessando essas áreas de publicação nos provedores de hospedagem (BINICHESKI, 2011).

Assim, compreende-se que os provedores de hospedagem prestam o serviço de apenas hospedar e armazenar sites de internet em seus domínios para que os usuários disponham de um endereço eletrônico e possam visitar tais *websites*, acessando os dados e os conteúdos publicados por esses *websites* hospedados pelos provedores de hospedagem.

Contudo, essa espécie de provedores não pratica qualquer tipo de interferência ou edição nos conteúdos desses sites, páginas e arquivos de internet, na medida em que apenas o proprietário dos sites, páginas ou arquivos hospedados por esses provedores possui a autonomia para modificá-los. Não têm os provedores de hospedagem, portanto, o dever de fiscalizar o conteúdo que os mesmos armazenam, o que seria totalmente inviável, especialmente em face da enorme quantidade de sites, páginas e arquivos armazenados por um mesmo provedor (BARBAGALO, 2003).

Nesse sentido que advogam Oliveira e Peres (2013, pp. 141-142), ao afirmarem que:

[...] Esses provedores não são responsáveis pelos conteúdos inseridos nos seus servidores e que têm apenas a função de fornecer o armazenamento de dados e sua disponibilização. Os conteúdos geralmente são de responsabilidade dos provedores de conteúdo. Vale destacar que a relação jurídica entre o consumidor e o provedor de hospedagem é de consumo, possuindo contrato entre eles, seja gratuito ou oneroso, e com base no Código de Defesa do Consumidor.

Souza (2006) ressalta que os serviços prestados pelos provedores de hospedagem são fundamentais exatamente para o funcionamento de outra espécie de provedores de serviços de internet, que são os de conteúdo, que armazenam os arquivos de seus sites e páginas de internet e os disponibilizam para os usuários/internautas.

Tem-se, ainda, a espécie de provedores de serviços de internet denominada de provedores de conteúdo de internet, que, segundo Paesani (2013), são sujeitos privados, empresários ou entidades acadêmicas que disponibilizam, ofertam e viabilizam aos usuários, consumidores ou empresários, informações através de conexão com a internet, mediante remuneração ou, então, de maneira gratuita. Portanto, esses provedores assumem e desenvolvem o papel de operadores de telecomunicações, ao transmitir mensagens por meio da rede, podendo esses provedores conhecer ou não previamente o conteúdo dessas informações.

Conceituando esse tipo de provedor de serviços de internet, Vasconcelos (2003a) dispõe que os provedores de conteúdo de internet podem ser definidos como sendo aqueles que possuem o objetivo de coletar, manter e organizar dados e

informações para acesso *online* através da internet, oferecendo, ofertando o acesso a esses dados e informações através de uma página ou site de internet.

Assim sendo, o provedor de conteúdo é uma espécie do gênero provedor de serviços de internet, podendo o mesmo ser definido como sendo toda pessoa natural ou jurídica que oferta, que disponibiliza na internet as informações criadas/desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando-se para tanto de servidores próprios ou dos serviços de um provedor de hospedagem para armazenar essas informações (LEONARDI, 2005; 2012).

Nesse sentido, já aqui se pode concluir que os provedores de conteúdo podem ser considerados como meios eletrônicos de divulgação de dados e informações através da rede mundial de computadores, disponibilizando esses conteúdos, que podem ser de autoria própria ou de terceiros, para os usuários que queiram aos mesmos ter acesso.

Pode-se afirmar que o provedor de conteúdo é exatamente aquele que explora o meio de informação ou divulgação, exercendo, na grande maioria dos casos, controle editorial precedente sobre as informações que o mesmo disponibiliza e divulga, selecionando o teor do que será apresentado aos usuários antes de permitir o acesso ou disponibilizar essas informações (LEONARDI, 2005; 2012).

Oliveira e Peres (2013) tratam dos provedores de conteúdo dispendo que os mesmos são considerados um meio de divulgação de informações, podendo ser acessados por pessoas determinadas ou indeterminadas. Os provedores de conteúdo selecionam o tipo de informação e para quem essa informação será fornecida, podendo a mesma ser disponibilizada de maneira gratuita, para pessoas ilimitadas, ou de maneira onerosa, somente para as pessoas que optarem e pagarem pelo serviço.

Supramencionadas autoras ainda comparam os provedores de conteúdo aos meios de divulgação de informações como as revistas e os jornais, dispendo que esses provedores apenas se diferenciam desses meios de divulgação citados somente por ser no espaço cibernético (OLIVEIRA; PERES, 2013).

De forma semelhante, Santos (2002) também partilha da ideia de que os provedores de conteúdo são uma espécie de jornal impresso, quando, visando tornar ainda mais agradável o seu portal e, dessa forma, conseguir o maior número de acessos ou de assinantes, esses provedores podem contratar renomados profissionais da imprensa para passarem a colaborar no noticiário eletrônico, quando

tais provedores difundem notícias, fazem comentários, assinam as colunas, da mesma maneira como ocorre em jornais impressos.

Barbagalo (2003) aponta que, de uma maneira geral, os provedores de conteúdo de internet são aqueles que colocam à disposição dos usuários/internautas as páginas eletrônicas, mais comumente chamadas de sites, as quais podem conter as mais diversas informações, como, por exemplo, dicas de beleza ou lazer, compras *online*, notícias, dentre outras.

Compreende-se que pela atividade que exercem, os provedores de conteúdo de internet possuem maior responsabilidade do que os demais provedores de serviços de internet, na medida em que, muito embora não conheçam o conteúdo das mensagens e das informações disponibilizadas, os mesmos possuem, caso desejem, a oportunidade de verificá-las (MONTENEGRO, 2003).

Entretanto, Oliveira e Peres (2013) esclarecem que a relação jurídica de consumo entre os provedores de conteúdo de internet e os usuários se configurará apenas naqueles contratos em que os usuários pagam para obter as informações específicas ofertadas por esses provedores. Diversamente, essa relação jurídica não ocorrerá nos casos em que tais informações são disponibilizadas de forma gratuita pelos provedores de conteúdo para todos e quaisquer internautas que o possam acessar.

Caracterizados o que são os provedores de conteúdo de internet, tem-se que esse tipo de provedor pode ser classificado, quanto ao conteúdo, em provedores de conteúdo diretos (ou próprios) e em provedores de conteúdo indiretos (ou de terceiros); ao passo que em se tratando da questão da contraprestação, podem ser classificados em provedores de conteúdo comerciais e em provedores de conteúdo não comerciais (SANTOS, 2001; SOUZA, 2006; VASCONCELOS, 2003a).

Nesse contexto, e de acordo com Santos (2001), os provedores de conteúdo diretos são aqueles em que os próprios provedores são os autores das informações e dos dados expostos, ou seja, o conteúdo aqui é de autoria própria do provedor de conteúdo que o disponibiliza. Já os provedores de conteúdo indiretos são aqueles que ofertam informações que não são de sua autoria, mas sim de autoria de terceiros, sendo por isso também conhecidos como provedores de conteúdo de terceiros.

Vasconcelos (2003b, p. 325), ao tratar dessa classificação dos provedores de conteúdo, dispõe que:

Conteúdos próprios ou diretos resultam das informações elaboradas por quem também é o realizador da página ou site, a exemplo de notas ou artigos publicados, cujos autores pertencem ao próprio provedor. Por sua vez, conteúdos indiretos, ou de terceiros, estão relacionados aos *links* existentes nas páginas ou sites, não sendo a informação ali constante gerada pelos próprios mentores desses locais.

Souza (2006) explica que os provedores de conteúdo próprios, também denominados de provedores de conteúdo direto, estão relacionados às informações produzidas pelos próprios provedores e publicadas através da internet. Já os provedores de conteúdo de terceiros, também denominados de provedores de conteúdo indiretos, estão exatamente relacionados às informações produzidas por terceiros, e, portanto, sem a intervenção dos provedores, que apenas as disponibilizam na rede.

Os provedores de conteúdo podem ser classificados também em provedores comerciais, que são aqueles em que os acessos aos conteúdos disponibilizados têm um caráter comercial, apenas podendo ser visualizados mediante uma assinatura paga pelos usuários, possuindo um custo definido; e em provedores de conteúdo de caráter não comercial, que são aqueles provedores que podem ser acessados sem nenhum custo para os usuários/internautas, desde que os mesmos possuam uma conexão à internet, sendo essas informações de acesso público incondicional (VASCONCELOS, 2003a).

E, assim, caracterizadas as espécies de provedores de serviços de internet de acordo com a doutrina especializada, passa-se a seguir a se classificar os provedores de acordo com a Lei nº. 12.965/2014, o Marco Civil da Internet.

1.3 Classificação dos provedores de acordo com a Lei nº. 12.965/2014

Estudadas as espécies de provedores de serviços de internet segundo o que dispõe a doutrina, passa-se agora a se tratar da classificação dos provedores de acordo com a Lei nº. 12.965/2014, mais conhecida como o Marco Civil da Internet, e que se dedicou justamente a estabelecer princípios, garantias, direitos e também deveres para a utilização da internet no país (BRASIL, 2014).

Nesse sentido, e ao analisar-se o texto da citada Lei, pode-se constatar que a mesma não se deteve a classificar e a conceituar os provedores de serviços de

internet de maneira minuciosa, específica e esclarecedora, como o fez a doutrina, o que faz com que seja comum a existência de equívocos conceituais com sérias repercussões e consequências jurídicas.

Já em seu artigo 5º, incisos V e VII, constata-se que a Lei ora analisada trata de abordar apenas duas espécies de provedores de serviços de internet, que são os provedores de conexão de internet e os provedores de aplicação de internet. Nesse contexto, observem-se as redações dos supracitados dispositivos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

[...]

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; [...]
(BRASIL, 2014).

Analisando-se o inciso V, constata-se que os provedores de conexão de internet correspondem ao conceito encontrado na doutrina especializada, como, por exemplo, em Leonardi (2005; 2012) e em Lemos (2005), para os provedores de acesso à internet.

É por isso que Serro (2015, p. 5) assim conceitua os provedores de conexão de internet de que trata o Marco Civil da Internet:

Estes provedores, chamados de provedores de conexão ou provedores de serviços, são os responsáveis pela intermediação entre a operadora e o usuário do serviço contratado. Nesta modalidade de provedor, é oferecida a conexão à Internet conforme especificidades e velocidades contratadas e o acesso pode ser feito através de uma identificação de usuário e senha, por exemplo. Os provedores de conexão são os responsáveis por alcançar ao usuário diretamente o acesso à rede. Este acesso é feito através de uma conexão adquirida de *backbone*.

Toda a dificuldade conceitual repousa sobre o conceito de provedores de aplicação de internet, provedores esses que mais se assemelham aos provedores que são definidos por Lemos (2005) como sendo provedores de serviços *online*, que são aqueles provedores que não fornecem acesso à internet, mas sim que fazem uso desse acesso para a prestação de outros serviços, provedores esses que podem abranger os provedores de hospedagem, os provedores de correio

eletrônico e também os provedores de conteúdo, isso exatamente a depender da situação prática que se apresenta.

Ressalte-se que o artigo 15, *caput* e § 1º, da Lei nº. 12.965/2014 ainda norteia o entendimento do que se deve entender por provedores de aplicação de internet, ao dispor que:

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

§ 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no *caput* a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado (BRASIL, 2014).

Analisando-se o dispositivo acima, tem-se que os provedores de aplicação de internet, que também são chamados de *middleware*, diferentemente dos provedores de conexão de internet, são aqueles provedores que disponibilizam um instrumento para a execução de aplicações, incluindo essa espécie de provedores o provedor de hospedagem, o provedor de correio eletrônico, o provedor de serviços *online* e também o provedor de conteúdo (SERRO, 2015).

Portanto, pode-se compreender que os provedores de aplicação de internet são provedores que podem ser empresas ou organizações que exploram e ofertam negócios abalizados em aplicações e serviços desenvolvidos exatamente para explorar o potencial da internet. Geralmente esses provedores possuem objetivos econômicos e fornecem um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas através de um terminal conectado à internet.

E, assim, a Lei nº. 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, dedicou um capítulo inteiro (Capítulo III – Da Provisão de Conexão e de Aplicações de Internet) a essas duas espécies de provedores de serviços de internet, os provedores de conexão de internet e os provedores de aplicação de internet, visando melhor discipliná-las, e trazendo certos deveres que devem ser cumpridos por esses provedores, como é o caso do artigo 9º; do artigo 10; do artigo 11, *caput* e § 3º; do artigo 13; do já citado artigo 15, *caput* e § 1º, dentre outros.

2 PROVIDORES DE APLICAÇÃO NO MARCO CIVIL

2.1 Considerações gerais acerca da Lei nº. 12.965/2014

Antes de se tratarem dos provedores de aplicação no Marco Civil, relevante se faz traçarem-se algumas considerações gerais acerca do Marco Civil da Internet.

A utilização da internet pela sociedade civil brasileira é bastante recente, tendo ocorrido apenas a partir de meados da década de 90, quando desde então, mesmo a despeito do intenso crescimento de sua utilização e da crescente expansão do número de internautas em todo o território nacional, o país tardou em elaborar uma legislação específica visando regular minimamente o uso da internet e as interações no ambiente virtual no ordenamento pátrio (SILVA, 2015, p. 208).

Essa situação perdurou até a edição da Lei nº. 12.965/2014 (oriunda do Projeto de Lei nº. 2.126/2011, de autoria do Poder Executivo), também conhecida como o Marco Civil da Internet, podendo-se defender que essa normatização da internet demorou de ser efetivada não apenas em virtude da natural morosidade do processo legislativo nacional, mas sim também porque tal matéria engloba uma evidente disputa de interesses entre mercado (que quer liberdade para operar nesse segmento), sociedade civil (que quer a concretização do direito à liberdade de expressão) e Estado (posto que o Poder Legislativo brasileiro transparecia não possuir instrumental suficiente para a proposição de uma legislação específica sobre o uso da internet no país). Essa normatização da internet fomentou acirrados debates na comunidade jurídica nacional, dividindo opiniões e colocando em lados opostos posicionamentos favoráveis à manutenção do modelo de autorregulação e os favoráveis à regulação da utilização da internet por parte do Estado (SILVA, 2015, pp. 208-209).

Portanto, constata-se que o tema da regulamentação do uso da internet no Brasil sempre foi bastante polêmico e controverso, contrapondo interesses tanto do mercado, quanto da sociedade civil e também do Estado, cada um com seus fundamentos e argumentos (quer políticos, quer jurídicos, quer econômico-financeiros) que não eram tão favoráveis a essa regulamentação.

Foi justamente em meio a esse cenário que surgiu o Marco Civil da Internet, podendo-se afirmar que a concepção da Lei nº. 12.965/2014 surgiu no contexto de

oposição ao Projeto de Lei nº. 84/1999, que visava à criação de uma vasta e ampla legislação criminal para a internet no Brasil (LEMOS, 2015, pp. 82-83).

Contudo, constatou-se que em verdade o que o país necessitava era de um Marco Regulatório Civil para a internet, uma lei civil que assegurasse direitos fundamentais na rede, e não de uma lei criminal (que era o que se pretendia com o supracitado Projeto de Lei nº. 84/1999, a criação da Lei Azeredo), especialmente porque o direito criminal em relação à rede deve ser visto como um último recurso institucional a ser utilizado quando tudo mais falha (LEMOS, 2015, p. 83).

Tal Lei, o Marco Civil da Internet, segundo o que leciona Fiorillo (2015, pp. 11-12), visa:

[...] Estabelecer parâmetros jurídicos aplicáveis no Brasil vinculados ao uso do sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito com finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre computadores ou quaisquer outros dispositivos que se conectem à internet por meio de diferentes redes.

Assim surgiu a primeira lei brasileira a tratar da internet e de seu uso no país, uma lei civil, a Lei nº. 12.965/2014, considerada o marco zero da discussão pública acerca da internet e de seu uso no ordenamento jurídico nacional, tendo, enfim, o Marco Civil da Internet sido aprovado pelo Congresso Nacional em abril de 2014 (LEMOS, 2015, p. 83).

Referida Lei possui um total de 32 artigos, divididos ao longo de cinco capítulos (Capítulo I – Disposições Preliminares; Capítulo II – Dos Direitos e Garantias dos Usuários; Capítulo III – Da Provisão de Conexão e de Aplicações de Internet; Capítulo IV – Da Atuação do Poder Público; Capítulo V – Disposições Finais). Pode ser considerada uma verdadeira inovação no ordenamento jurídico nacional, posto que a mesma estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para a utilização da internet no país, disciplinando expressamente um tema que há muito tempo vinha demonstrando necessitar de uma regulamentação legal expressa.

Analisando-se o texto da Lei em comento, observa-se que a mesma não trata diretamente de temas como cibercrimes, direitos autorais, expansão da banda larga, comércio eletrônico e regulação setorial das telecomunicações, temas esses que são objetos de outras normas específicas, segundo o que explica Paesani (2013).

Leonardi (2012) dispõe que o Marco Civil da internet é uma Lei moderna, com texto enxuto e sólidos princípios que são reconhecidos globalmente como constituindo o arcabouço mínimo necessário para fomentar uma internet livre e equilibrada, que se preocupa tanto com a inovação, quanto também com os direitos fundamentais.

E, assim, a Lei em comento veio justamente para regulamentar também relevantes questões pertinentes ao uso da internet e suas interações, estabelecendo verdadeiro marco para que esse tema pudesse ser discutido em suas devidas particularidades, como, por exemplo, a questão da neutralidade da rede, da coleta de dados pessoais dos usuários, da questão dos registros de conexão à internet e de navegação, da retirada de conteúdos infringentes, da responsabilização civil dos provedores e da atuação do Poder Público, temas esses que serão melhor abordados nos tópicos que seguem.

2.2 Princípios do Marco Civil da Internet

Traçadas as considerações gerais acerca da Lei nº. 12.965/2014, cumpre agora estudar os princípios que a mesma estatui para a utilização da internet no país, tendo em vista a relevância dos mesmos, bem como que tais princípios norteiam todo o texto da referida Lei, disciplinando, assim, o uso da internet e suas interações.

Nesse sentido, observe-se o artigo 3º do citado Diploma Legal:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
II - proteção da privacidade;
III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;
V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
VII - preservação da natureza participativa da rede;
VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Analisando-se agora o mencionado dispositivo legal, e em relação ao primeiro princípio estabelecido pelo inciso I, pode-se constatar que o mesmo visa estabelecer que no ambiente *online* também é preciso se respeitar o princípio da liberdade de expressão e de comunicação e de manifestação de pensamento, que se encontram previstos no artigo 5º, *caput*, e incisos IV, VI e IX da Carta Magna de 1988.

Schreiber (2015), ao tratar desse princípio estabelecido pelo Marco Civil da Internet, dispõe que o mesmo visa ressaltar a internet como uma aliada da liberdade de expressão, servindo à livre circulação das ideias, quando, nesse contexto, a internet representaria uma renovada esperança de concretização e consolidação da democracia, com a criação de um ambiente totalmente propício às discussões éticas, políticas, culturais, dentre outras.

Contudo, importante destacar que ao mesmo tempo em que a Constituição Federal de 1988 garante a liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação do pensamento, referido Diploma também veda o anonimato, segundo o inciso IV do já citado artigo 5º, o que adquire maior relevância no contexto da internet especialmente em face da dificuldade de se identificar a origem de dadas mensagens anônimas danosas, assegurando a Constituição, ainda, em seu inciso V do mesmo artigo, o direito de resposta proporcional ao agravo, isso além da indenização por danos materiais, morais ou à imagem.

Isso evidencia que o Marco Civil da Internet, alinhando-se com os preceitos constitucionais, visa combater a impossibilidade de obtenção de algum tipo de cessação ou ressarcimento do dano, ao mesmo tempo em que também visa proteger aquele indivíduo que se sentiu lesado pela manifestação da liberdade de expressão e de comunicação.

Em relação ao princípio da proteção da privacidade estabelecido pelo inciso II do artigo 3º do Marco Civil da Internet, pode-se constatar que com o mesmo o que a referida Lei pretende é garantir a privacidade de dados dos usuários da internet, quando devem os provedores de serviços de internet, para conseguir atingir o objetivo de proteger a privacidade dos usuários da rede, estabelecer um sistema de segurança no acesso das informações.

Já o inciso III traz o princípio da proteção aos dados pessoais, estabelecendo a proteção dos dados pessoais dos usuários da rede, usados especialmente em sites de compras *online*, o que faz com que se possa afirmar que, de maneira semelhante ao que estabelece o princípio do inciso anterior, o princípio da proteção aos dados pessoais dos usuários também visa proteger a privacidade dos mesmos.

Jesus e Milagre (2012, p. 22), ao tratarem dos princípios estabelecidos pelos supracitados incisos II e III do artigo 3º ora analisado, dispõem que:

[...] Ao proteger a privacidade, o Marco Civil põe a salvo toda e qualquer informação textual ou audiovisual que seja considerada privada. Além de proteger a privacidade em geral, o Marco Civil dá ênfase à proteção dos dados pessoais, informações que podem identificar uma pessoa e que comumente são utilizadas ou requeridas pelos provedores de acesso à internet ou provedores de serviços no Brasil.

Até hoje, não se dispunha de uma legislação que protegesse o cidadão em face da violação de sua privacidade ou dados pessoais. Com o Marco Civil, empresas ou prestadores poderão ser responsabilizados. Destaca-se que a proteção aos dados pessoais poderá ser regulamentada por lei, que, entendemos, pode ser o Anteprojeto de Proteção de Dados Pessoais, em fase de consulta pública no Brasil.

Por sua vez, o inciso IV estabelece como princípio a preservação e garantia da neutralidade da rede, quando se deve considerar esse princípio um princípio democrático da internet, na medida em que o mesmo objetiva assegurar, dentre outros aspectos importantes, uma tecnologia livre e aberta, bem como garantir que toda informação da internet deva ser tratada sem discriminações.

Forgioni e Miura (2015, p. 113) apontam o princípio da neutralidade da rede como sendo um dos responsáveis pela liberdade e pelo dinamismo da internet, posto que de acordo com o referido princípio os operadores de acesso à rede não podem tratar de maneira discriminatória os dados que pelas suas estruturas trafegam, não importando sua origem, destino ou conteúdo. Por isso que referidas autoras afirmam que “a ideia é simples: impedir a criação de um poder central capaz de colocar em risco a autonomia do usuário na escolha *do que* será acessado e de ameaçar a oferta de serviços e aplicativos em igualdade de condições”.

Em se tratando agora do princípio estabelecido pelo inciso V do artigo 3º analisado, observa-se que o Marco Civil da Internet intenta garantir a boa qualidade dos serviços oferecidos pelas empresas prestadoras de serviços de internet,

devendo as mesmas adotarem todas as medidas técnicas necessárias e compatíveis com os padrões, inclusive internacionais, estimulando, ainda, o uso de boas práticas, bem como não devendo ser realizadas interrupções fora dos casos autorizados (reparos técnicos, migração de serviços, dentre outros) e devendo a rede funcionar de maneira estável em todos os períodos do dia, incluindo-se aqui inclusive também os horários de pico.

Isso evidencia que cada uma dessas empresas é responsável, no limite em que operem, pela estabilidade, funcionamento e segurança da rede (JESUS; MILAGRE, 2014).

Em seguida, o inciso VI estabelece o princípio da responsabilização civil dos agentes de acordo com suas atividades, ao possibilitar a caracterização da responsabilidade civil e estabelecer penalidades exclusivamente civis pelo uso inadequado e indevido da internet pelos mais variados atores, pelos mais variados agentes existentes no ambiente virtual (fornecedores, administradores do sistema, usuários, dentre outros indivíduos que participam e compartilham desse ambiente).

Nesse sentido, e “diante de danos causados a usuários, agentes poderão sofrer processos e ser obrigados a reparar” (JESUS; MILAGRE, 2014, pp. 22-23).

Já o princípio da preservação da natureza participativa da rede restou estabelecido pelo inciso VII do artigo 3º do Marco Civil, refletindo o dever que a rede mundial de computadores, ou seja, que a internet possui de ter *status* colaborativo, devendo ser construída, transformada e também aprimorada mediante a participação dos usuários da rede.

Portanto, esse princípio reflete o fato de que “todos os agentes deverão priorizar formas participativas de construir o futuro da internet” (JESUS; MILAGRE, 2014, p. 23).

Por fim, o inciso VIII estabelece o princípio da liberdade dos modelos de negócios promovidos na rede, isso desde que esse princípio não entre em conflito com os demais princípios estabelecidos pelo Marco Civil, estabelecendo, assim, a proteção ao princípio econômico da livre iniciativa.

Jesus e Milagre (2014, p. 23) dispõem que, em consequência ao princípio estabelecido pelo inciso VIII do artigo 3º do Marco Civil da Internet, os “negócios que ofendam a privacidade, a neutralidade da rede e a liberdade de expressão não serão considerados válidos e legais no Brasil”.

A despeito de ter elencado todos esses princípios, Casseb (2015) defende que o Marco Civil da Internet em nada inovou na essência dos princípios que lançou sobre a disciplina da utilização da internet no Brasil, na medida em que o conteúdo e a essência desses princípios esgotam a própria Carta Magna de 1988, dispondo que mesmo se esses princípios não existissem na Lei em comento, ou se mesmo a própria Lei nº. 12.965/2014 não existisse, a eventual contrariedade a esses princípios poderia normalmente ser verificada pelo Judiciário com base na Constituição, na medida em que esses princípios não podem ser afastados da disciplina do uso da internet.

Assim sendo, o Marco Civil da Internet estabeleceu toda a base principiológica em matéria de internet, tudo isso baseando-se na própria Constituição de 1988, principalmente ao conceder destaque a valores relevantes como os direitos humanos, a responsabilização civil dos infratores, a neutralidade da rede, dentre outros valores igualmente importantes.

2.3 Uso da internet no Brasil após a Lei nº. 12.965/2014: as principais mudanças

Foram muitas as inovações relativas à regulamentação do uso da internet no Brasil promovidas pela Lei nº. 12.965/2014, o Marco Civil da Internet.

Dentre essas inovações, podem-se apontar como sendo as principais mudanças as relativas à garantia da liberdade de expressão, da privacidade e da intimidade dos usuários, e da inviolabilidade das comunicações; à questão da coleta de dados pessoais dos usuários; aos registros de conexão à internet; aos registros de navegação dos usuários; à retirada de conteúdos infringentes; e à questão da neutralidade da internet.

Nesse sentido, e no tocante à questão da garantia da liberdade de expressão, da privacidade e da intimidade dos usuários, e da inviolabilidade das comunicações, afirma-se que a referida Lei estabelece e consolida que os direitos constitucionais, como, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, à inviolabilidade das comunicações, à privacidade, à informação, dentre outros, são válidos também para o mundo virtual. Isso implica que comentários ou críticas não podem ser previamente censurados, mesmo que em desacordo com políticas internas, devendo estas serem explícitas, além do que o acesso a páginas de internet a partir da

referida Lei não pode mais ser bloqueado sem a devida ordem judicial, passando, ainda, a intimidade e a privacidade a possuírem maior proteção jurídico-legal, na medida em que a coleta de dados foi regulamentada (BRASIL, 2015, p. 13).

E ainda em se tratando da questão da coleta de dados pessoais, constata-se que, em virtude do Marco Civil da Internet, apenas podem ser coletados dados com consentimento prévio dos usuários e também apenas aqueles dados que não sejam exagerados ou excessivos com relação à finalidade da coleta. Os usuários terão que consentir expressamente com a coleta de seus hábitos de navegação, muito embora que esses usuários, caso não consentam expressamente com a coleta, em algumas situações possam não ter a opção de continuar a usar os serviços se não forem aceitos os termos ditados pelo sítio, sendo proibidas, ainda, coletas de dados pessoais consideradas abusivas (BRASIL, 2015, p. 13).

Observa-se que a Lei do Marco Civil da Internet estabeleceu uma maior proteção aos usuários no tocante aos seus dados pessoais, ao estipular que sua coleta depende de consentimento prévio dos usuários, bem como que essa coleta de dados não deve ser excessiva ou exagerada em relação à sua finalidade, tudo isso visando preservar a intimidade e a privacidade desses usuários.

No tocante aos registros de conexão à internet, a Lei nº. 12.965/2014 estabeleceu que os provedores de conexão à internet deverão guardar os registros de conexão por 1 (um) ano, mas não poderão guardar, contudo, os registros de navegação dos usuários, sendo de se ressaltar, ainda, que referida Lei permite que os provedores de conexão continuem coletando o registro de conexão dos usuários indefinidamente (BRASIL, 2015, p. 13).

Constata-se que a Lei sob análise impôs aos provedores de conexão à internet a obrigatoriedade de guardarem pelo prazo de 1 (um) ano apenas os registros de conexão de seus usuários, devendo tais provedores, contudo, manter esses registros em sigilo.

Já no que diz respeito aos registros de navegação dos usuários, o Marco Civil da Internet estabelece que os provedores de aplicações de internet deverão guardar os registros de acesso a aplicações de internet, ou seja, os registros de navegação dos usuários por 6 (seis) meses, não havendo, entretanto, nenhum óbice na Lei em comento que impeça esses provedores de aplicações de internet a continuarem armazenando os dados por tempo indeterminado. Devem, contudo, os sítios ou aplicações informar aos seus usuários caso coletem e guardem registros de

navegação em outros sítios, destacando-se aqui que os dados coletados não poderão ser estranhos ou excessivos à finalidade da aplicação, bem como que em todos os casos os usuários deverão consentir, de forma explícita, com a coleta e guarda dos dados (BRASIL, 2015, p. 13).

Assim, a Lei estudada impõe aos provedores de aplicações de internet a obrigatoriedade de guardarem pelo prazo de 6 (seis) meses apenas os registros de navegação de seus usuários, devendo tais provedores igualmente mantê-los em sigilo, sigilo esse que poderá ser afastado quando os usuários cometerem um ato ilícito através da internet.

Em se tratando da questão da retirada de conteúdos infringentes, a Lei analisada prevê que os provedores de conexão à internet não poderão ser responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Exatamente com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, referida Lei também estabelece que, salvo disposição legal em contrário, os provedores de aplicações de internet apenas possam ser responsabilizados civilmente por danos oriundos de conteúdo gerado por terceiros caso esses provedores, mesmo depois de ordem judicial específica, não tomem as devidas providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, isso no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo estipulado, desconhecendo, assim, a responsabilidade objetiva dessa espécie de provedores, mas sim os obrigando a tomarem as providências tão logo quanto recebam a ordem judicial específica (MORAES, 2015, p. 98).

Frise-se que o conceito de provedores de aplicações de internet de que trata o Marco Civil da Internet abrange geralmente provedores de conteúdo, provedores de correio eletrônico e provedores de hospedagem. Pode-se afirmar que a regra que a Lei traz em relação à possibilidade de não responsabilização civil dos provedores de aplicações por danos oriundos de conteúdo gerado por terceiros constitui verdadeira regra geral de isenção de responsabilidade desses provedores, na medida em que referida Lei agora estabelece a necessidade de descumprimento de ordem judicial específica para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente para que tais provedores possam ser responsabilizados.

Ainda sobre o tema da retirada de conteúdos infringentes, mencionada Lei previu também o *notice and take down*¹ em caso de o conteúdo infringente ter caráter sexual, dispondo que o provedor de aplicação de internet passa a responder de maneira subsidiária (conjuntamente com o autor da ofensa) por violação à intimidade, e poderá responder por crimes como violação à honra ou divulgação de segredo, caso o provedor não retire o conteúdo infringente quando notificado diretamente pela vítima da ofensa. A Lei analisada, contudo, não determina explicitamente que os provedores de aplicação estendam automaticamente a retirada e o bloqueio desses conteúdos quando o conteúdo infringente for replicado em outro local no mesmo sítio (BRASIL, 2015, pp. 13-14).

Aqui permanece presente a figura do *notice and take down*, não sendo necessária, apenas em se tratando de conteúdo infringente de caráter sexual, ordem judicial específica para que tais provedores de aplicações sejam compelidos a retirarem e bloquearem o conteúdo infringente. Basta para tanto a notificação direta feita pela vítima da ofensa para que tais provedores tenham a obrigação de tomar todas as providências para retirada e bloqueio desse conteúdo (*notice and take down*), o que, caso não seja cumprido, enseja a responsabilidade subsidiária desses provedores, de maneira diversa do que ocorre quando os conteúdos infringentes não possuem caráter sexual.

Por fim, e em se tratando agora da questão da neutralidade da internet, tem-se que o Marco Civil estabeleceu a possibilidade do tráfego da internet ser gerenciado (discriminado) para a prestação adequada dos serviços e aplicações contratadas, isso desde que os usuários sejam informados acerca das políticas e das condições do contrato. Continuam a ser permitidos também planos por franquia, devendo, nesse contexto, as empresas de conexão e demais empresas de telecomunicações agirem com transparência, isonomia, em condições não-discriminatórias e que garantam também a concorrência. Destaque-se ainda que a defesa tanto do consumidor quanto da concorrência é reforçada de maneira explícita pela Lei para que as empresas não degradem aplicações e serviços de seus concorrentes, em atitudes lesivas aos usuários/consumidores (BRASIL, 2015, p. 14).

¹ Consiste basicamente quando um titular ofendido notifica o provedor acerca do conteúdo de *copyright* que considera violador, para que, em virtude disso, o provedor retire de maneira imediata o conteúdo, bloqueando, conseqüentemente, seu acesso (SERRO, 2015).

Em face de tudo isso, e desde a edição da referida Lei do Marco Civil da Internet, pode-se afirmar que muita coisa mudou no ordenamento nacional no tocante ao uso da internet e de suas interações, passando-se a regular de maneira expressa um tema que há muito vinha necessitando de regulamentação, dispensando-lhe, portanto, o devido e necessário tratamento em face de sua relevância.

2.4 Provedores de aplicação de conteúdo e seu dever de guarda dos registros

Pode-se afirmar que o principal dever dos provedores de aplicação de conteúdo regulamentado pelo Marco Civil da Internet consiste no dever de guarda dos registros de acesso que possuem esses provedores.

Nesse sentido, observe-se a redação do artigo 15 do Marco Civil da Internet:

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

§ 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no **caput** a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no **caput**, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13.

§ 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 4º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

Dessa maneira, e segundo o que leciona Godoy (2015, p. 310), ao tratar do tema dos deveres dos provedores de aplicação, o artigo 15 do Marco Civil da Internet, para os provedores de aplicações de internet constituídos na forma de

pessoa jurídica e que exerçam sua atividade de maneira organizada, profissionalmente e com finalidade econômica, impôs:

A obrigação de manter os registros de acesso a aplicações de internet, também sob sigilo, em ambiente controlado e seguro, pelo prazo de seis meses, igualmente dilatável a requerimento da autoridade policial e do Ministério Público, bem como de autoridade administrativa, mas acessível o conteúdo somente mediante ordem judicial, malgrado aqui não estabelecido prazo para a respectiva postulação. Ainda por ordem judicial se estabeleceu, no parágrafo 1º, a possibilidade de guarda afeta aos provedores que não se encaixem na definição do *caput*.

Maciel (2015) defende que o Marco Civil da Internet, ao determinar a guarda dos registros de acesso a aplicações de internet, conforme estabelece seu artigo 15, contribui para que a internet possa ser usada de maneira mais saudável, permitindo ainda a identificação da autoria de eventuais abusos que possam ferir direitos de outrem e lhe causar dano.

Flumignan (2015) destaca a relevância que a guarda dos registros de acesso pelos provedores de aplicação de conteúdo assume, especialmente no contexto da pretensão reparatória, posto que na grande maioria das vezes apenas com a identificação do indivíduo causador do dano é que se pode dar prosseguimento com a pretensão reparatória, tendo o Marco Civil disciplinado, além do dever de guarda desses registros, também o prazo, os legitimados e a responsabilidade pela violação.

Contudo, como bem lecionam Jesus e Milagre (2014, pp. 59-61), torna-se relevante esclarecer que, segundo o que estabelece o próprio Marco Civil da Internet sobre o dever de guarda dos registros de acesso dos provedores de aplicações de conteúdo:

[...] A obrigação vale apenas para provedores que exerçam essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos. O desafio será obrigar empresas irregulares ou sem organização profissional a custodiarem os dados. [...] Em síntese: não existe obrigação da guarda de registro para informais, amadores, pessoas físicas e entidades. Esse fato pode chamar a atenção do crime cibernético, que será atraído para aplicações mantidas por pessoas nestas condições. [...] Aos provedores que não estejam nas condições definidas no *caput*, ordem judicial específica poderá obrigá-los a guardar os dados, por período determinado. Receamos que tal medida possa ser ineficaz na apuração de crimes

cibernéticos, pois diante de um incidente, praticado em uma aplicação de um provedor que não é organizado profissionalmente, mesmo diante da obtenção de uma ordem judicial para guarda, a obrigação do provedor estará limitada a partir da data da ordem judicial, sendo que registros passados podem não ter sido custodiados (que interessam diante de um delito já praticado), o que de nada adiantaria a uma investigação.

Eis aqui, portanto, um outro ponto do Marco Civil da Internet que também é alvo de muitas críticas pela doutrina nacional, na medida em que é passível de causar uma insegurança aos usuários da rede (principalmente em face da brecha que deixa para a prática de crimes cibernéticos) o fato de os provedores de aplicações de conteúdo que não exerçam essa atividade de forma organizada, profissional e com fins econômicos não terem de observar o dever geral de guarda dos registros de acesso, mas sim somente sendo obrigados a guardarem esses registros em face de ordem judicial.

Flumignan (2015) esclarece que, através da análise da redação do artigo 16 do Marco Civil da Internet, torna-se possível perceber que do conteúdo dessa guarda dos registros não farão parte as informações não consentidas e também os dados pessoais excessivos, quando, em regra, esse registro deverá incluir o endereço de IP do usuário, os momentos inicial e final do acesso, e seu conteúdo.

Portanto, o artigo 15 do Marco Civil da Internet estabelece o dever jurídico de guarda aos provedores de aplicação de conteúdo por prazo pré-determinado e por determinação judicial, sendo os provedores responsáveis por essa guarda apenas obrigados a disponibilizar acesso aos conteúdos desses registros mediante ordem judicial (FLUMIGNAN, 2015).

Flumignan (2015, p. 426) ainda afirma que:

Por força do dever de colaboração, inerente à boa-fé objetiva, o usuário ainda é legitimado para requerer a guarda dos registros de acesso. O provedor de aplicação, tão logo tome conhecimento de pretensão deduzida ou em via de ser deduzida em juízo, tem o dever de proceder com a guarda. Caso assim não o faça, a pretensão “faculdade” estabelecida pelo art. 17 seria exercida de maneira abusiva e, em caso de prejuízo ao usuário, poderia gerar o dever de indenizar.

Destaque-se que os provedores de aplicação de conteúdo também poderão sofrer penalidades caso os mesmos não cumpram com o que estabelece o artigo 15

do Marco Civil, quando as sanções serão aplicadas levando em consideração tanto a natureza e a gravidade da infração, quanto os danos da mesma resultantes, bem como também eventual vantagem auferida pelo transgressor, as circunstâncias agravantes, os antecedentes desse transgressor e a reincidência (JESUS; MILAGRE, 2014).

Por fim, frise-se aqui mais uma vez a relevância que possui esse dever de guarda dos registros de acesso dos provedores de aplicações de conteúdo instituído pelo Marco Civil, especialmente em face da responsabilização civil dos infratores e também da pretensão indenizatória do ofendido no ordenamento jurídico brasileiro.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO DE CONTEÚDO PELO DANO GERADO POR TERCEIROS

3.1 Lei nº. 12.965/2014 e a responsabilidade civil dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros

Antes de se tratar da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros, cumpre inicialmente se tecerem algumas considerações gerais relevantes acerca do instituto jurídico da responsabilidade civil.

Visando-se conceituar o instituto da responsabilidade civil, Cavalieri Filho (2007, p. 25) dispõe que o mesmo:

Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Pode-se compreender que a responsabilidade civil decorre da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando o agressor ao pagamento de uma compensação pecuniária (indenização) à vítima, podendo a responsabilidade civil ser decomposta em três elementos, que se constituem em seus pressupostos, que são a conduta (positiva ou negativa); o dano; e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

A responsabilidade civil se classifica em certas espécies, sendo, contudo, mais relevantes para o presente estudo as espécies de responsabilidade civil subjetiva e objetiva, de responsabilidade contratual e extracontratual e da responsabilidade civil nas relações de consumo, posto essas espécies terem relação direta com o tema ora objeto de estudo.

A responsabilidade civil subjetiva é a espécie de responsabilidade que se ampara na ideia de culpa, quando a prova da culpa do agente causador do dano se

constitui em um pressuposto necessário do dano indenizável, o que evidencia que apenas se configurará como subjetiva a responsabilidade do causador do dano se esse agente agir com dolo ou culpa (negligência ou imprudência) (GONÇALVES, 2012).

Contudo, existem hipóteses em que não se torna necessário sequer que reste caracterizada a culpa do agressor, posto aqui ser o dolo ou a culpa irrelevante juridicamente na conduta do agente causador do dano, na medida em que apenas será necessária a existência do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano para que nasça, assim, o dever de indenizar. É justamente a espécie de responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Ressalte-se que atualmente no ordenamento jurídico brasileiro vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, na medida em que se tem a responsabilidade civil subjetiva (artigo 186 do Código Civil de 2002) coexistindo com a responsabilidade civil objetiva (parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

A responsabilidade civil contratual resta caracterizada quando entre as partes já existia uma norma jurídica contratual vinculando-as, tendo o dano decorrido exatamente do descumprimento de uma obrigação fixada no contrato; ao passo que se está diante da responsabilidade civil extracontratual quando o prejuízo é decorrente direto da violação de um mandamento legal, em razão da atuação ilícita do agente causador do dano (COELHO, 2012; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Já a responsabilidade civil nas relações de consumo vem expressamente regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, que trouxe à baila essa nova área da responsabilidade civil, consagrando a responsabilidade objetiva do fornecedor, o que revela que a responsabilidade civil nas relações de consumo é objetiva, fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços que o mesmo lança no mercado e oferta aos clientes e consumidores, prescindindo essa espécie de responsabilidade do elemento culpa para nascer a obrigação de indenizar atribuída ao fornecedor (CAVALIERI FILHO, 2007; GONÇALVES, 2012).

Caracterizado o instituto da responsabilidade civil, visando principalmente facilitar a compreensão acerca do tema da responsabilidade civil dos provedores de

aplicação de conteúdo, cumpre agora inicialmente se observar o que dispõe o artigo 18 do Marco Civil da Internet:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

O citado artigo 18 estabelece, no ordenamento jurídico brasileiro, que, em regra, os provedores não têm responsabilidade sobre o conteúdo gerado por terceiros. Essa seria, portanto, a regra em termos de responsabilidade civil dos provedores, considerando-se que o artigo 19 e 21 se constituem em hipóteses de exceção a essa regra da isenção de responsabilidade dos provedores de aplicações por conteúdos gerados por terceiros, quando o provedor de aplicação de conteúdo passa a poder ser responsabilizado caso não retire o conteúdo infringente da rede, tornando-o indisponível.

Observem-se agora o que dispõem tanto o artigo 19, quanto o artigo 21, ambos do Marco Civil da Internet:

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.

[...]

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Além de proteger os usuários da rede mundial de computadores, o Marco Civil da Internet também se preocupou em responsabilizar os provedores que causarem danos aos usuários da internet, ou então, de acordo com o caso, imputar essa responsabilidade pelo dano causado aos terceiros responsáveis, quando supracitada Lei diferenciou, ainda, a responsabilização civil dos provedores de

conexão da dos provedores de aplicações, auxiliando na melhor aplicação da responsabilidade civil a esses provedores nos casos levados à análise do Judiciário brasileiro (SERRO, 2015).

Analisando-se a redação dos artigos 19 e 21, pode-se constatar que a Lei nº. 12.965/2014 instituiu a responsabilidade civil subjetiva dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros no ordenamento jurídico nacional.

Contudo, Oliveira (2014) esclarece que no caso do artigo 19, a hipótese é de responsabilidade civil solidária do provedor de aplicação de conteúdo, isso por força do artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (“tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”) cumulado com o artigo 942, parágrafo único, do Código Civil de 2002 (“são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”), posto que em não acatando a ordem judicial, o provedor de aplicação de conteúdo poderá ser considerado coautor do ato ofensivo.

Ao tratar do caso do artigo 21, Oliveira (2014) dispõe que o Marco Civil da Internet aqui pecou ao estabelecer que nos casos de conteúdo infringente de caráter sexual a responsabilidade civil do provedor de aplicação de conteúdo, exatamente em virtude da não retirada desse conteúdo obsceno, é subsidiária, adotando, assim, posicionamento contrário à tendência normativa da atualidade de contemplar a solidariedade justamente em proteção ao consumidor.

Portanto, e em se tratando especificamente do artigo 19, observa-se que o provedor de aplicação de conteúdo que, depois de recebida ordem judicial específica contendo em seu texto a identificação objetiva, clara e característica do conteúdo assinalado como infringente, não tomar as providências cabíveis e possíveis para assegurar a indisponibilidade desse conteúdo assinalado na decisão judicial, poderá ser responsabilizado civilmente através da responsabilidade subjetiva solidária, em virtude da desobediência da ordem judicial (SERRO, 2015).

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Aquino (2015), que expõe que:

Em outras palavras, o referido artigo designa ao provedor de aplicações de internet, sujeito prestador de serviços, uma responsabilidade civil subjetiva e judicializada, visto que ele só será responsabilizado civilmente por conteúdo gerado por terceiro caso desobedeça a uma ordem judicial específica, para tornar indisponível o conteúdo ofensivo, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço.

Resta claro que atualmente não basta mais apenas o pedido extrajudicial do ofendido para que seja efetivada a retirada de conteúdo infringente (*notice and take down*) da internet, entendimento esse que vinha se consagrando na doutrina pátria até a edição da Lei do Marco Civil da Internet, quando se passou a ser necessária justamente ordem judicial para tanto, instituindo-se, assim, o que se chama de *judicial notice and take down* (OLIVEIRA, 2014).

Ao tratar do artigo 19, Aquino (2015) ainda defende que o Marco Civil da Internet estabeleceu em referido artigo a isenção dos provedores de aplicações de conteúdo da responsabilidade derivada do mau uso de seus serviços, retirando, ainda, do ofendido justamente a possibilidade de denunciar ao provedor, pessoalmente ou por representante legal (sem, portanto, necessidade de ordem judicial), a existência de conteúdo ofensivo, seguindo assim em sentido antagônico às decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, e atribuindo mais um ônus ao ofendido, que desde a edição da referida Lei precisa pleitear no Judiciário a retirada do conteúdo infringente que lhe causou dano.

Por isso que Aquino (2015) defende que:

[...] O Marco Civil acertou ao afastar a responsabilidade de natureza objetiva, pelo simples fato de exibir o conteúdo ilícito, seja com base na tese do risco da atividade desenvolvida, seja com base na falha do serviço prestado, adotando o posicionamento da responsabilidade subjetiva dos provedores.

Entretanto, quando o Marco Civil, acertadamente, segue no sentido da responsabilidade subjetiva, seu texto erra ao impor a judicialização obrigatória do conflito de interesse, ou seja, compele ao usuário, vítima de infrações cometidas na internet ou por meio da internet, um procedimento mais moroso e até mesmo mais oneroso, conseqüentemente, também, mais agravoso, aumentando as chances do usuário incorrer em um dano irreparável ou de difícil reparação.

Ao invés de disciplinar o *notice and take down* como regra geral, instituindo garantias recíprocas e assegurando a eficiência do seu funcionamento, o Marco Civil da Internet estabeleceu justamente um mecanismo engessado (*judicial notice and take down*), que gera, por sua vez, uma proteção bastante intensa para os provedores de aplicações, ao mesmo tempo em que reduz o grau de proteção que vinha sendo dispensado pela jurisprudência pátria aos usuários da internet, bem como impõe aos usuários vítimas a obrigação de recorrer ao Poder Judiciário, o que,

além de ser custoso, requer bastante tempo, sendo totalmente incompatível com a rápida difusão e divulgação do conteúdo infringente pela rede (SCHREIBER, 2015).

Isso deixa claro que o artigo 19 não trouxe nenhum benefício para os usuários da internet que sejam afetados por conteúdos ofensivos e lesivos; pelo contrário, se configura um verdadeiro retrocesso se comparado ao caminho que vinha sendo trilhado pela jurisprudência nacional no tocante à matéria, sendo principalmente por isso que muitos doutrinadores brasileiros defendem a inconstitucionalidade desse artigo (SCHREIBER, 2015).

Já o artigo 21 da Lei analisada diz respeito à responsabilização civil dos provedores de aplicações de conteúdo quando o conteúdo infringente possuir caráter sexual privado, estabelecendo que o provedor de aplicação de conteúdo que disponibilizar esse conteúdo depois do recebimento de notificação da vítima ou de seu representante legal para retirada, poderá ser responsabilizado caso não aja de maneira eficaz na indisponibilização desse conteúdo infringente de caráter sexual (SERRO, 2015).

Ao tratarem do artigo 21 do Marco Civil da Internet, Jesus e Milagre (2014, pp. 69-70) dispõem que:

A regra trazida pelo Marco Civil de que a todo conteúdo a ser removido da internet deve preceder uma ordem judicial comporta uma única exceção.

Em casos de conteúdos gerados por terceiros envolvendo divulgação sem autorização de seus participantes, de imagens, vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, o próprio participante ou seu representante legal poderão, diretamente e sem a necessidade de ordem judicial, notificar o provedor de aplicações que hospeda o conteúdo.

Observa-se já que a figura do *notice and take down* aqui permanece, sendo, contudo, apenas possível se fazer uso dessa ferramenta depois do Marco Civil, mediante a notificação direta da vítima ou de seu representante legal ao provedor de aplicação de conteúdo, em se tratando somente de conteúdo de caráter sexual.

A despeito de ter tratado de maneira inédita da responsabilização civil dos provedores, leciona Serro (2015) que a Lei nº. 12.965/2014 vem desde sua edição recebendo diversas críticas também no âmbito dessa responsabilização civil. As críticas apontam que essa responsabilização poderia ter sido melhor trabalhada e mais bem desenvolvida, sendo nesse sentido que Serro ainda destaca alguns

pontos críticos para a maneira como a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de conteúdo foi tratada.

O primeiro ponto crítico apontado por Serro (2015) diz respeito à questão do prazo para a retirada do conteúdo infringente, isso tanto o prazo estabelecido no artigo 19 do Marco Civil da Internet, quanto também no artigo 21 da Lei em comento.

Em se tratando do prazo estabelecido no artigo 19 do Marco Civil, tem-se que referido artigo não estipula um prazo mínimo nem máximo, deixando a cargo do magistrado estipular o prazo possível para a execução da retirada do conteúdo infringente através de ordem judicial, de acordo com a análise do caso concreto, o que se torna temerário, em face principalmente da morosidade que assola o Judiciário brasileiro ainda nos dias atuais (SERRO, 2015).

Quanto ao artigo 21 da Lei em comento, observa-se que o mesmo não estabelece qualquer prazo (mínimo ou máximo) para a retirada do conteúdo infringente. Esse problema é reforçado pelo fato de que aqui não se exige uma ordem judicial que possa delimitar esse prazo, posto que a notificação para retirada do conteúdo infringente é feita diretamente pela parte vítima ou por seu representante legal, quando referido artigo deveria, especialmente em virtude da velocidade com que as informações na internet podem ser difundidas em apenas poucos minutos ou horas, ter estabelecido pelo menos um prazo máximo para que a retirada dos conteúdos infringentes se efetivasse (SERRO, 2015).

Portanto, diferentemente do que vinha consagrando a jurisprudência brasileira antes do Marco Civil da Internet, ao estipular prazo de até 24 horas, contadas do recebimento da notificação, para o provedor retirar o conteúdo infringente, atualmente o prazo, tanto no caso do artigo 19, quanto também no caso do artigo 21, não vem expressamente previsto na Lei, o que se torna de certa forma arriscado e temerário, especialmente em virtude da facilidade e velocidade com que as informações se disseminam e se propagam na rede mundial de computadores em tão pouco tempo.

Serro (2015) dispõe que o segundo ponto crítico diz respeito justamente à necessidade da decisão judicial para retirada de conteúdo estabelecida pelo artigo 19 da Lei analisada, exigência essa que certamente poderá resultar em certos efeitos colaterais, sendo por isso mesmo que Cavalcanti (2014) defende que:

Por via de conseqüência, o artigo 19 do Marco Civil está na contramão dos direitos humanos, compelindo a judicialização do conflito de interesses, que por um lado onerará excessivamente a parte prejudicada, que terá que arcar com advogados para ser bem assistida mesmo em juizados especiais, e quer rápida e urgente resolução para seus problemas. Por outro lado, favorecerá a impunidade do provedor de aplicações, que cruzará os braços aguardando discretamente a palavra final de um juiz.

Por conseguinte, e como bem esclarece Serro (2015), a despeito de ser inquestionável que autorizar a retirada de qualquer conteúdo através somente de notificação direta da vítima ou de seu representante se constituiria em uma afronta à liberdade de expressão (especialmente por serem variados os motivos que podem levar um indivíduo a se sentir lesado e a solicitar a retirada de conteúdo considerado pelo mesmo infringente, mas que, em realidade, não representa qualquer necessidade de censura), pode-se afirmar que no caso específico do artigo 19 do Marco Civil, assegurar a retirada do material infringente através da notificação da vítima traria um resultado imediato muito mais eficaz e efetivo para que esse conteúdo infringente não se perpetuasse de maneira irreversível na rede.

Também partilhando desse mesmo entendimento, Lima (2015, p. 160) dispõe que:

[...] A exigência de notificação judicial no art. 19 da Lei n. 12.965/14 foi imposta para que a liberdade de expressão dos usuários não seja tolhida por outros usuários e pelos próprios provedores. A ideia é que somente o Judiciário poderia fazer a análise se o conteúdo é realmente ofensivo. O problema é que tal judicialização destes conflitos sobrecarregará injustificadamente o Poder Judiciário.

O artigo 19 privilegia a preservação da liberdade de expressão em detrimento dos outros direitos da personalidade, em nada assim prestigiando a vítima ou o lesado, na medida em que o mesmo é quem deve ajuizar ação para retirar os conteúdos infringentes da rede, quando somente depois de ordem judicial é que os provedores de aplicação de conteúdo se encontram obrigados a retirá-los, nada impedindo, contudo, que tais provedores retirem esse conteúdo de livre e espontânea vontade, o que é de bom alvitre, atitude essa que não é incentivada, contudo, também em virtude da obrigatória necessidade de retirada do conteúdo infringente apenas por ordem judicial (CHINELLATO, 2015).

Já de maneira bastante acertada, o artigo 21 do Marco Civil previu o *notice and take down* em caso de o conteúdo infringente ter caráter sexual, quando o provedor de aplicação de conteúdo apenas passará a responder civilmente de maneira subsidiária caso o mesmo não retire o conteúdo infringente quando notificado diretamente pela vítima da ofensa ou por seu representante legal (Brasil, 2015, pp. 13-14), não existindo mais a possibilidade do *notice and take down*, contudo, no caso de que trata o já citado artigo 19, em face da agora obrigatória ordem judicial específica para retirada do conteúdo infringente que não possua caráter sexual. Um verdadeiro retrocesso.

O terceiro ponto crítico diz respeito exatamente à dificuldade na identificação dos usuários da rede que são os terceiros responsáveis pela publicação dos conteúdos ilícitos ou prejudiciais, quando o artigo 22 do Marco Civil estabelece também a necessidade de ordem judicial para que os provedores de aplicações possam ser determinados a fornecer registros de acesso a aplicações de internet, viabilizando, assim, a identificação dos usuários que veiculam conteúdos infringentes, coibindo o anonimato e objetivando evitar que terceiros sejam prejudicados com atitudes ilícitas dos usuários (SERRO, 2015).

É nesse contexto que se torna bastante relevante a guarda e a manutenção dos registros de acesso a aplicações de internet pelos provedores de aplicação, na medida em que esses registros são essenciais para a identificação do terceiro causador direto do dano, quando o artigo 15 da Lei nº. 12.965/14 estabelece o prazo de 6 (seis) meses pelo qual os provedores de aplicação de conteúdo encontram-se obrigados a guardar esses registros, quando muitos juristas defendem que esse prazo deveria ser ainda maior, resguardando, assim, melhor e por mais tempo o ofendido, e não tão excessivamente restritivo como o é (FLUMIGNAN, 2015; GODOY, 2015; LIMA, 2015).

Godoy (2015) lembra que antes da edição do Marco Civil da Internet, a orientação assentada na jurisprudência brasileira era de que os provedores deveriam guardar os dados dos usuários por, no mínimo, 3 (três) anos, prazo esse que é o prazo comum da ação de reparação civil de ilícitos extracontratuais previsto no Código Civil de 2002, em seu artigo 206, § 3º, inciso V, sendo aqui de se destacar ainda que era também aplicado o prazo quinquenal do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, e mesmo a despeito de todas as omissões, lacunas, falhas e pontos críticos, Serro (2015, p. 13) defende que:

Como uma visão geral, o Marco Civil da Internet aponta um avanço na questão da responsabilidade dos provedores pois não atribui aos provedores de conexão uma responsabilidade por conteúdos aos quais não tem qualquer ingerência mas estabelece a responsabilidade dos provedores de aplicações nos casos em que restar comprovado que não agiu de forma diligente para retirada de conteúdos ilícitos.

Assim, conclui-se que os provedores de aplicação de conteúdo não poderão ser responsabilizados pelo dano gerado pelo conteúdo de autoria de terceiros, posto que os mesmos não possuem qualquer influência nesse conteúdo, estabelecendo o Marco Civil, contudo, a possibilidade de responsabilidade civil subjetiva desses provedores caso reste comprovado que os mesmos não agiram de maneira diligente para a retirada dos conteúdos infringentes, quer quando acionados por ordem judicial (quando o conteúdo não possuir caráter sexual), quer quando acionados por notificação da vítima ou de seu representante legal (quando o conteúdo possuir caráter sexual).

3.2 Código de Defesa do Consumidor e a responsabilidade civil dos provedores de aplicação de conteúdo

Constatou-se que a responsabilidade civil que o Marco Civil da Internet instituiu, através de seu artigo 19, para os provedores de aplicações de conteúdo pelo dano gerado por terceiros é claramente subjetiva e judicializada, segundo o entendimento do legislador, o que faz com que o provedor apenas possa ser civilmente responsabilizado se o mesmo desobedecer uma ordem judicial para retirada de conteúdo infringente da rede.

Esse é outro ponto da Lei nº. 12.965/14 que suscita muitas críticas e divergências, posto que muitos doutrinadores e juristas defendem que essa responsabilidade deve ser caracterizada como sendo objetiva, acompanhando, assim, o que estabelece o Código de Defesa do Consumidor em matéria de responsabilidade civil do fornecedor, que é sempre objetiva e extrajudicial.

O que se tem aqui é uma antinomia jurídica entre o Código de Defesa do Consumidor (que estabelece a responsabilidade objetiva e extrajudicial em face dos fornecedores de produtos e/ou serviços) e o Marco Civil da Internet (que institui uma responsabilidade civil subjetiva e judicializada em face dos provedores de aplicações de conteúdo) em matéria de responsabilidade civil dos provedores de aplicação de conteúdo, posto que de um lado se encontra o Código de Defesa do Consumidor, e do outro o Marco Civil da Internet, ambas as Leis trazendo uma relevante gama de garantias, deveres e direitos fundamentais (AQUINO, 2015).

Isso porque muitos doutrinadores defendem que os provedores de aplicações de internet (da maneira como foram definidos no Marco Civil da Internet, em seu artigo 15) se encaixam perfeitamente no conceito de fornecedores estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, ao passo que os usuários dos serviços que esses provedores prestam e ofertam também se encaixam perfeitamente no conceito de consumidores, bem como, ainda, que os serviços prestados por esses provedores igualmente se encaixam no conceito de serviços trazido pelo referido Código.

Nesse sentido, observem-se o que dispõem os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, que possuem as seguintes redações:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Analisando-se os citados dispositivos legais, resta claro o enquadramento dos usuários da rede como consumidores, dos provedores de aplicações de conteúdo como fornecedores e dos serviços pelos mesmos prestados como serviço conceituado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido é também o entendimento de Cavalcanti (2014):

Assim, “fornecedor” é um gênero do qual o “provedor de aplicações de internet” é espécie, pois se este provedor de aplicações de internet exerce atividade econômica, obviamente visa o lucro. Conseqüentemente, também possui uma clientela e um destinatário final.

Mais que isso: se o artigo 15 do Marco Civil assume que o “provedor de aplicações de internet” possui fins econômicos, obviamente ele presta um serviço remunerado direta ou indiretamente ao usuário, que por sua vez é uma espécie do gênero consumidor.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que o vocábulo “remuneração” envolve não somente a forma direta (contraprestação propriamente dita pelo serviço prestado) como também a gratificação indireta (o pagamento não advém do serviço efetivamente prestado), de modo que os serviços que são aparentemente gratuitos, apenas guardam essa aparência.

Dessa forma, resta evidente a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas relações dos usuários da internet com os provedores de aplicações de conteúdo, isso mesmo que esses usuários não realizem exatamente a remuneração direta desses provedores de aplicações de conteúdo, pois mesmo aquele serviço que aparentemente está sendo prestado de maneira gratuita traz embutida uma remuneração indireta para esses provedores que os prestam, quer seja através da publicidade, quer seja através do manejo dos dados pessoais dos usuários (LIMA, 2015).

Mendes (2015) também leciona que, apesar de aparentemente gratuito, diversos serviços prestados pelos provedores de aplicação de conteúdo são remunerados através da publicidade e também da comercialização dos dados de navegação dos usuários da rede.

Chinellato (2015) igualmente ensina que há clara relação de consumo na internet entre os provedores de aplicação de conteúdo e os usuários, sendo totalmente irrelevante aqui a suposta gratuidade, que se descaracteriza principalmente pela publicidade paga a esses provedores por muitas empresas, por exemplo.

Por isso que Cavalcanti (2014) defende que estão aqui presentes todos os requisitos para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre provedores de aplicações de conteúdo e usuários da rede, na medida em que o serviço oferecido e prestado por esses provedores é remunerado e os usuários são

consumidores. Não haveria, portanto, a menor razão de se excluir os provedores de aplicações de conteúdo do campo de aplicação e incidência do Código de Defesa do Consumidor e, dessa forma, despojar os usuários da internet (consumidores) de direitos que já foram consolidados, “como é o caso de se ver indenizado pela responsabilização objetiva do fornecedor”.

Sendo assim, observe-se o que dispõe o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ao se analisar o referido artigo, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor claramente institui a responsabilidade civil objetiva do fornecedor, prescindindo-se aqui do elemento culpa, se constituindo em uma norma mais favorável ao consumidor.

É por isso que Cavalcanti (2014) afirma ser o artigo 19 do Marco Civil da Internet uma norma subversiva, defendendo sua inaplicabilidade (em virtude de sua inconstitucionalidade) às relações entre usuários e provedores de aplicações de conteúdo, para que seja aplicado o artigo 14 do CDC (visto ser norma mais favorável ao consumidor), consagrando assim a responsabilidade objetiva dos provedores de aplicações de conteúdo, pois, ainda segundo afirma o supramencionado autor:

[...] A colisão é frontal entre os modelos de responsabilização, e deve-se resolver em favor da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, dado que a defesa do consumidor é norma de índole constitucional: direito fundamental e princípio reitor da atividade econômica, estando acima do Marco Civil da Internet, que é mera lei ordinária.

Godoy (2015) também defende a responsabilização civil objetiva dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros caso esses provedores, desde que tomem ciência do conteúdo infringente, não empenhem todos os esforços necessários e possíveis para tornar esse conteúdo indisponível na rede.

Aquino (2015) esclarece que essa tese da responsabilidade objetiva e extrajudicial dos provedores de aplicação de conteúdo encontra-se geralmente lastreada por dois fundamentos essenciais, que são o defeito da prestação de serviços na relação de consumo, que se verifica quando o provedor de aplicação de conteúdo, ao tomar ciência do conteúdo infringente, falha ao tentar removê-lo, através de notificação da própria vítima; e a caracterização da atividade de risco, ao impor aos provedores de aplicações de conteúdo o dever de monitoramento, fiscalização e filtragem dos conteúdos que os mesmos disponibilizam, mas que são gerados por terceiros.

Entretanto, e ainda segundo leciona Aquino (2015), constata-se que a jurisprudência e a doutrina pátrias majoritárias refutam a ideia de que as atividades desenvolvidas pelos provedores de aplicação de conteúdo sejam atividades de risco por sua própria natureza, mas sim que as atividades desenvolvidas por esses provedores não são passíveis de causar mais riscos do que quaisquer outras atividades comerciais, não se devendo, portanto, defender que qualquer dano, independentemente da caracterização de culpa por parte desses provedores, deve ser indenizado. Esse foi, inclusive, o entendimento do STJ em muitos de seus julgados.

É por isso que Aquino (2015) defende que o Marco Civil da Internet agiu de maneira acertada ao afastar a responsabilidade objetiva dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros pelo simples fato de esses provedores exibirem o conteúdo infringente, devendo ser adotado o posicionamento da responsabilidade subjetiva desses provedores, indo-se aqui de encontro com o entendimento do STJ.

Errou, contudo, o Marco Civil ao impor a judicialização obrigatória dos conflitos de interesses, forçando os usuários vítimas de violações cometidas na internet ou por meio dela a recorrerem ao Judiciário, impondo um procedimento mais oneroso, mais demorado e também, conseqüentemente, mais agravoso, majorando, assim, as chances desses usuários sofrerem um dano de difícil reparação ou até mesmo um dano irreparável. Nesse ponto, o Marco Civil contraria o entendimento do STJ, que defende a aplicação aos provedores de aplicação de conteúdo de um regime de responsabilização civil subjetiva, porém extrajudicial (AQUINO, 2015).

Lima (2015) também advoga pela não aplicação da responsabilidade objetiva aos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros, posto que se esses provedores passarem a responder independentemente de culpa pelos danos sofridos pelos usuários em virtude de conteúdo de terceiros, os próprios usuários acabariam por poder ser prejudicados. Isso porque os custos desses riscos seriam inevitavelmente repassados pelos provedores de aplicação de conteúdo aos usuários, que pagariam preços muito mais altos pelos serviços que lhe são prestados, isso além de que assim se poderia inviabilizar a internet como uma eficaz e efetiva ferramenta de comunicação e de transmissão de informações.

Lima (2015, p. 167) continua sua explanação afirmando que:

Em suma, os provedores de conteúdo não respondem pelos atos de terceiros, mas tão somente pelos danos estritamente ligados com sua atividade (seja de provedor de aplicação de internet, seja de provedor de *hosting*). Porém, seriam corresponsáveis quando cientes do evento danoso não tomarem as medidas adequadas para retirar o conteúdo ou torná-lo inacessível.

Chinellato (2015, p. 338) é outra doutrinadora que também não se posiciona a favor da responsabilização objetiva dos provedores de aplicação de conteúdo, dispondo que, apesar de haver clara relação de consumo entre esses provedores e os usuários, deve-se afastar a aplicação tanto do artigo 927 do Código Civil de 2002, quanto também do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor no sentido da responsabilidade objetiva, e apontando que a responsabilização civil subjetiva extrajudicial se apresenta como “a melhor diretriz para a ponderação de direitos e deveres no âmbito da internet, representante relevante da quarta era dos direitos ou era tecnológica, sem sacrifício da liberdade de expressão”, frisando-se aqui que a referida autora ainda defende a plena utilização do *notice and take down* não apenas no caso do artigo 21 do Marco Civil, mas sim também no caso do artigo 19.

Por tudo isso é que Aquino (2015) e Lima (2015) defendem que o posicionamento adotado pelo STJ, de uma responsabilização civil subjetiva e extrajudicial dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros (caso esses provedores, após terem conhecimento do conteúdo infringente, não agirem de maneira eficaz e eficiente para torná-lo indisponível), deve ser seguido pelos demais aplicadores do direito, procurando da melhor maneira possível ocasionar o menor desconforto para todas as partes envolvidas

nos conflitos de interesses, bem como assim realizando-se de maneira mais coerente, eficaz e efetiva a proteção dos direitos básicos dos usuários da rede diante da sistemática apresentada pela internet, tendo em vista que a defesa do consumidor possui *status* constitucional.

É com esse posicionamento que aqui também se concorda, defendendo-se uma responsabilização civil subjetiva e extrajudicial dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros, caso os mesmos não retirem da rede o conteúdo infringente, tornando-o indisponível, assim que notificados pelo ofendido, revitalizando-se a figura do *notice and take down*, isso exatamente em detrimento da figura do *judicial notice and take down*, tudo isso visando-se à melhor proteção dos direitos dos usuários da internet, em acordo com o que preceitua principalmente a Constituição Federal de 1988.

3.3 Excludentes de responsabilização dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros

Traçadas as principais considerações acerca da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros, isso tanto em face do que dispõe o Marco Civil da Internet, quanto também em face do Código de Defesa do Consumidor, passa-se agora a se tratar das excludentes dessa responsabilização.

Nesse sentido, e segundo o que leciona Mendes (2015), as excludentes de responsabilidade civil previstas pelo Código Civil de 2002 e também pelo Código de Defesa do Consumidor englobam a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro e o caso fortuito ou força maior.

Cavalcanti (2015), ao tratar do assunto, é enfático ao afirmar que:

[...] Os provedores de aplicação de internet somente devem ser exonerados de responsabilidade civil por ausência de defeito, culpa exclusiva do consumidor ou fato de terceiro (artigo 14, § 3º, inciso I e II).

Quanto a esta última hipótese de exclusão de responsabilidade, é importante frisar ser necessária a culpa exclusiva do terceiro, o que não se verifica, por exemplo, quando o provedor de aplicação da internet é inerte depois de ser notificado extrajudicialmente a remover conteúdo ofensivo a direito de personalidade: [...]

A *raison d'être* de uma hermenêutica consistente com o Código de Defesa do Consumidor se explica pelo seu espírito protetivo,

enunciado, aliás, como um direito fundamental no artigo 5º, inciso XXXII da Constituição e princípio reitor da atividade econômica (artigo 170, inciso V da Constituição), urgindo a primazia da norma mais favorável ao consumidor.

Portanto, em geral os provedores de aplicação de conteúdo, pelo dano gerado por terceiros, apenas se podem valer das excludentes de responsabilidade da culpa exclusiva do usuário ofendido (consumidor) ou da culpa exclusiva de terceiro, quando, por exemplo, o conteúdo infringente é fornecido por outros provedores; quando o conteúdo infringente é instalado por outros provedores; bem como quando o provedor de aplicação de conteúdo se utilizar de todas as precauções estabelecidas pela legislação (PAESANI, 2013; MENDES, 2015).

Sendo assim, tem-se que apenas nesses casos (culpa exclusiva do usuário vítima/ofendido (consumidor) ou culpa exclusiva de terceiro) é que se poderá falar em excludentes de responsabilização dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros.

CONCLUSÃO

Constatou-se que o conceito doutrinário de provedores de serviços de internet engloba todos os provedores que prestam os mais distintos serviços relacionados à internet, como o provedor de *backbone*, o de correio eletrônico, o de hospedagem, o de acesso e também o de conteúdo.

Contudo, ao se analisar o texto do Marco Civil da Internet, verificou-se que, diferentemente da doutrina, referida Lei não se deteve a classificar e a conceituar os provedores de serviços de internet de maneira minuciosa e específica, mas sim dando destaque apenas a duas espécies de provedores de serviços de internet, os provedores de conexão e os provedores de aplicação.

Os provedores de aplicação de internet são provedores que podem ser empresas ou organizações que exploram e ofertam negócios abalizados em aplicações e serviços desenvolvidos exatamente para explorar o potencial da internet, possuindo comumente objetivos econômico-financeiros e fornecendo um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas através de um terminal conectado à rede, tendo o Marco Civil da Internet ainda disposto que esses provedores de aplicação abrangem geralmente provedores de conteúdo, provedores de correio eletrônico e provedores de hospedagem.

Por sua vez, os provedores de conteúdo são meios eletrônicos de divulgação de dados e informações através da rede mundial de computadores, disponibilizando esses conteúdos, que podem ser de autoria própria ou de terceiros, para os usuários que queiram aos mesmos ter acesso.

Além de tratar especificamente dessas espécies de provedores e de regulamentar também relevantes questões pertinentes ao uso da internet e suas interações, observou-se que o Marco Civil da Internet estabeleceu ainda toda a base principiológica em matéria de internet baseando-se na própria Constituição de 1988, principalmente ao conceder destaque a valores relevantes como os direitos humanos, a responsabilização civil dos infratores, a neutralidade da rede, dentre outros valores igualmente importantes.

E, assim, tem-se que muitas foram as inovações relativas à regulamentação do uso da internet no Brasil promovidas pelo Marco Civil, dentre as quais se podem apontar como sendo as principais mudanças as relativas à garantia da liberdade de expressão, da privacidade e da intimidade dos usuários, e da inviolabilidade das

comunicações; à questão da coleta de dados pessoais dos usuários; aos registros de conexão à internet; aos registros de navegação dos usuários; à retirada de conteúdos infringentes; à questão da neutralidade da internet; e principalmente à possibilidade de responsabilização civil dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros.

Nesse contexto, observou-se que o Marco Civil traz a possibilidade de não responsabilização civil dos provedores de aplicações por danos oriundos de conteúdo gerado por terceiros como verdadeira regra geral de isenção de responsabilidade desses provedores, na medida em que referida Lei agora estabelece a necessidade de descumprimento de ordem judicial específica para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente para que tais provedores possam ser responsabilizados.

Assim, os artigos 19 e 21 se constituem em hipóteses de exceção a essa regra da isenção de responsabilidade dos provedores de aplicações de conteúdos gerados por terceiros, quando o provedor de aplicação de conteúdo passa a poder ser responsabilizado caso não retire o conteúdo infringente da rede, tornando-o indisponível, restando instituída pelo Marco Civil a responsabilidade civil subjetiva dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros.

Conclui-se que os provedores de aplicação de conteúdo não poderão ser responsabilizados pelo dano gerado pelo conteúdo de autoria de terceiros, posto que os mesmos não possuem qualquer influência sobre esse conteúdo, estabelecendo-se, contudo, a possibilidade de responsabilidade civil subjetiva desses provedores caso reste comprovado que os mesmos não agiram de maneira diligente para a retirada dos conteúdos infringentes, quer quando acionados por ordem judicial, se o conteúdo não possuir caráter sexual; quer quando acionados por notificação da vítima ou de seu representante legal, se o conteúdo possuir caráter sexual.

Sendo assim, ao invés de disciplinar o *notice and take down* como regra geral, instituindo garantias recíprocas e assegurando a eficiência do seu funcionamento, o Marco Civil da Internet estabeleceu justamente o *judicial notice and take down* como regra, através de seu artigo 19, gerando uma proteção bastante intensa para os provedores de aplicações de conteúdo, ao mesmo tempo em que reduz o grau de proteção que vinha sendo dispensado pela jurisprudência pátria aos usuários da internet. Permanece, contudo, a figura do *notice and take*

down apenas em se tratando de conteúdo infringente de caráter sexual, dispensando-se ordem judicial específica para que tais provedores de aplicações sejam compelidos a retirar e bloquear o conteúdo infringente.

Resta claro que o artigo 19 não trouxe nenhum benefício para os usuários da internet que sejam afetados por conteúdos ofensivos e lesivos, constituindo-se em um verdadeiro retrocesso se comparado ao caminho que vinha sendo trilhado pela jurisprudência nacional no tocante à matéria, sendo principalmente por isso que muitos doutrinadores brasileiros defendem a inconstitucionalidade desse artigo.

Além de defenderem a inconstitucionalidade desse artigo, muitos doutrinadores e juristas brasileiros afirmam que essa responsabilidade civil dos provedores de aplicação de conteúdo por danos gerados por terceiros deve ser caracterizada como sendo objetiva, acompanhando, assim, o que estabelece o Código de Defesa do Consumidor em matéria de responsabilidade civil do fornecedor, que é sempre objetiva e extrajudicial, posto que a relação existente entre esses provedores e os usuários pode ser caracterizada como sendo relação de consumo.

A despeito disso, não é com esse posicionamento que aqui se concorda, mas sim com o posicionamento da doutrina majoritária que defende uma responsabilização civil subjetiva e extrajudicial dos provedores de aplicação de conteúdo pelo dano gerado por terceiros, caso os mesmos não retirem da rede o conteúdo infringente, tornando-o indisponível, assim que notificados pelo ofendido, revitalizando-se a figura do *notice and take down*, isso exatamente em detrimento da figura do *judicial notice and take down*, tudo isso visando-se à melhor proteção dos direitos dos usuários da internet, em acordo com o que preceitua principalmente a Constituição Federal de 1988.

Conseqüentemente, em geral, os provedores de aplicação de conteúdo, pelo dano gerado por terceiros, apenas se podem valer das excludentes de responsabilidade da culpa exclusiva do usuário vítima/ofendido (consumidor) ou da culpa exclusiva de terceiro, quando, por sua vez, o conteúdo infringente for ofertado por outros provedores; quando o conteúdo infringente for justamente instalado por outros provedores; ou quando o provedor de aplicação de conteúdo adotar todas as medidas e tomar todas as precauções estabelecidas pela legislação.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Nick Richard de Freitas. Antinomia jurídica entre o marco civil da internet e o Código de Defesa do Consumidor em matéria de responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 17 set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42861/antinomia-juridica-entre-o-marco-civil-da-internet-e-o-codigo-de-defesa-do-consumidor-em-materia-de-responsabilidade-civil-dos-provedores-de-aplicacoes-de-internet>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

BARBAGALO, Erica Brandini. Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet. *In*: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (Coords.). **Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet**. São Paulo: RT; FGV, 2003.

BINICHESKI, Paulo Roberto. **Responsabilidade civil dos provedores de internet: direito comparado e perspectivas de regulamentação no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL, Câmara dos Deputados do. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco civil da internet [recurso eletrônico]: Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Série Legislação, nº. 164. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014**. 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: 06 out. 2016.

CASSEB, Paulo Adib. Fundamentos constitucionais do Marco Civil da Internet. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). **Direito & internet III** – tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CAVALCANTI, Roberto Flávio. Artigo 19 do Marco Civil da Internet é inconstitucional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4047, 31 jul. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30560>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CHINELLATO, Silmara J. de A. Marco Civil da Internet e direito autoral: responsabilidade civil dos provedores de conteúdo. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). **Direito & internet III** – tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O Marco Civil da Internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação**: comentários à Lei nº. 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. O dever de guarda de registro de aplicações mediante notificação extrajudicial na Lei nº. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). **Direito & internet III** – tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FORGIONI, Paula A.; MIURA, Maira Yuriko Rocha. O princípio da neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). **Direito & internet III** – tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na Lei nº. 12.965/14 (Marco Civil da Internet). *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). **Direito & internet III** – tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Marco Civil da Internet**: comentários à Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. São Paulo: Saraiva, 2014.

LAGO JÚNIOR, Antônio. **Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet**. São Paulo: LTr, 2001.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

_____. Uma breve história da criação do Marco Civil. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). **Direito & internet III** – tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coords.). **Responsabilidade civil**: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação. 2. ed. Série GV/law. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Internet e regulação: o bom exemplo do marco civil da internet. **Revista do Advogado**, São Paulo, a. XXXII, n. 115, abr. 2012, pp. 99-113.

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

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 110, pp. 155-176, jan./dez. 2015.

MACIEL, Rafael Fernandes. A requisição judicial de registros de conexão e aplicações no Marco Civil. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). **Direito & internet III** – tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet**. São Paulo: RT, 2008.

MENDES, Laura Schertel. A tutela da privacidade do consumidor na internet: uma análise à luz do Marco Civil da Internet e do Código de Defesa do Consumidor. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). **Direito & internet III** – tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MONTENEGRO, Antonio Lindberg. **A internet em suas relações contratuais e extracontratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORAES, Thiago Guimarães. Responsabilidade civil de provedores de conteúdo da internet. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 4, pp. 81-100, abr./jun. 2015.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Aspectos principais da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet**: subsídios à comunidade jurídica. Texto para Discussão nº. 148. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abr./2014.

OLIVEIRA, Larissa Teixeira de; PERES, Nathália Cintra Manssano. Proteção dos direitos da personalidade na internet e o exercício da liberdade de expressão: crimes cibernéticos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, n. 8, pp. 115-162, jun./dez. 2013.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2013.

PECK, Patrícia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral na internet**. São Paulo: Método, 2002.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). **Direito & internet III** – tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SERRO, Bruna Manhago. Da responsabilidade civil dos provedores de aplicações frente à Lei 12.965/2014: análise doutrinária e jurisprudencial. *In*: **Anais do 3º**

Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direitos da Sociedade em Rede. Santa Maria, UFSM – Universidade Federal de Santa Maria, pp. 1-15, 27 a 29 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>>. Acesso em: 06 out. 2016.

SILVA, Rosane Leal da. A atuação do poder público no desenvolvimento da internet: das experiências de governo eletrônico às diretrizes previstas na Lei nº. 12.965/2014. *In:* DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords.). **Direito & internet III** – tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores pelos atos de seus usuários na internet. *In:* BLUM, Renato M. S. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva; ABRUSIO, Juliana Canha (Coords.). **Manual de direito eletrônico e internet**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

TORRES, Gabriel. **Rede de computadores:** curso completo. Rio de Janeiro: Axcel, 2001.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Internet:** responsabilidade dos provedores pelos danos praticados. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003a.

_____. Sites de busca e provedores de internet: enquadramento e responsabilidade civil. **Verba Juris**, ano 2, n. 2, jan./dez. 2003b, pp. 315-340.