

A Responsabilidade Civil na Internet: Uma Análise da Lei 12.965/2014

Walter Aranha Capanema

Advogado, autor e professor. Coordenador do Curso de Extensão em Direito Eletrônico da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

RESUMO: O presente artigo visa analisar e criticar o modelo de responsabilidade civil trazido pelo “Marco Civil da Internet”, bem como apontar formas de proteção do consumidor diante das novas tecnologias.

PALAVRAS-CHAVE: Marco Civil, responsabilidade civil, direito do consumidor, privacidade e intimidade.

ABSTRACT: *This article aims at analyzing and criticizing the model of civil liability brought by the “Civil Internet Framework”, as well as pointing out forms of consumer protection in the face of new technologies.*

KEYWORDS: *Civil Internet Framework, liability, consumer rights, privacy.*

INTRODUÇÃO

John Perry Barlow, famoso ativista dos direitos na Internet, defendeu, na já clássica “Declaração de Independência do Ciberespaço (1996)”¹, a ideia de que a rede deveria ser tratada como um novo mundo, sem regras, e livre dos abusos autoritários dos governos.

Essa afirmação mostrou-se utópica, pois o mundo digital é apenas um prolongamento do “real” e, portanto, é preciso que existam normas para reger os seus fatos jurídicos.

¹ BARLOW, John Perry. **Declaração de Independência do Ciberespaço**. 1996. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

No caso específico do Brasil, passou-se a pensar na necessidade de se criar uma lei que estabelecesse direitos, garantias e deveres dos usuários e das sociedades empresárias na era digital.

O “Marco Civil da Internet”, como foi pomposamente denominado, surgiu com uma grande campanha, permitindo, de forma inovadora, a contribuição popular de sugestões por meio de um *site*².

Essas contribuições foram selecionadas e compiladas em um projeto de lei (PL 2126/2011) da relatoria do Deputado Alessandro Molon (PT-RJ).

Após cerca de 3 anos de debates parlamentares e formalidades legislativas, a Presidente Dilma Rousseff promulgou a Lei 12.965/2014, na abertura do evento NetMundial, realizado em São Paulo, em 23.04.2014³.

A norma tratou, em 32 artigos, de questões como os direitos e garantias dos usuários, a neutralidade da rede, a retirada de conteúdo lesivo, a guarda de registros, e a responsabilidade civil.

Esse último assunto, dada a sua imensa repercussão no campo prático, especialmente com o aumento do uso abusivo das redes sociais, é o foco do presente artigo.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEI 12.965/2014: QUESTÕES INTRODUTÓRIAS

É importante fixar, de início, que o Marco Civil não regula todas as questões que digam respeito à responsabilidade civil da Internet, mas apenas às hipóteses relacionadas com os provedores diante dos danos decorrentes de conteúdos criados por terceiros.

Esses provedores, que normalmente são instituídos como pessoas jurídicas, podem, com base no art. 5º, ser classificados como:

a) de conexão: são aqueles que prestam o serviço, geralmente remunerado, de permitir o acesso do usuário à Internet;

b) de aplicação: são todas funcionalidades que existem na Internet, como sites, aplicativos, serviços e jogos. Podem ser remunerados ou gratuitos. Nesse último caso, são remunerados indiretamente pela publicidade ou pela venda dos dados dos seus usuários.

Haverá, portanto, situações em que o Marco Civil não será utilizado, aplicando-se as normas já existentes no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

² O site está hospedado no endereço <http://culturadigital.br/marcocivil/>

³ ARAUJO, Bruno. **Dilma sanciona o Marco Civil da internet na abertura da NETMundial**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/04/netmundial-inicia-com-obrigado-snowden-e-defesa-da-internet-livre.html>>. Acesso em: 16 out. 2016.

Se, por exemplo, um vizinho difamar outro em mensagem de rede social, a ação de responsabilidade civil promovida pela vítima em face do agente será fundamentada no Código Civil, não havendo a necessidade de se invocar, nesse aspecto, o Marco Civil.

Passa-se, então, a analisar as espécies de responsabilidade civil previstas na lei.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE CONEXÃO (ART. 18)

Dispõe o art. 18:

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

A função do provedor de conexão é a de mero “transportador” dos dados dos usuários. Não pode responder pelo conteúdo da comunicação que realiza. Seria o mesmo que responsabilizar os Correios pelo envio de uma carta ofensiva.

Logo, se um usuário do provedor XYZ posta uma mensagem desonrosa em uma rede social, será, a princípio, o único responsável pelo fato.

Mas o provedor não poderia analisar o conteúdo que passa por sua infraestrutura? A resposta é negativa. O próprio Marco Civil, em seu art. 9º, §3º⁴, veda as condutas de monitorar, filtrar e analisar as informações (a que a lei se refere pelo seu nome técnico - “pacote de dados”).

Além disso, essa atividade de monitoramento poderia constituir o crime de interceptação ilegal de comunicação telemática, previsto no art. 10 da Lei 9.296/96.⁵

Quando se projetou a ARPANET⁶, a rede de computadores que originou a Internet, os seus criadores pensaram em uma arquitetura que privilegiasse a comunicação, não se importando com o seu conteúdo⁷.

⁴ “§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.”

⁵ “Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa”.

⁶ Sigla, em inglês, de *Advanced Research Projects Agency Network* (“Rede de Agências para Projetos de Pesquisas Avançadas”). Rede de computadores, criada nos anos 60, precursora da Internet.

⁷ HAFNER, Katie. *Where Wizards Stay Up Late: The Origins Of The Internet*. Estados Unidos: Simon & Schuster, 1998.p.174

Tal filosofia, inclusive, foi consagrada como um dos 10 princípios para a governança e uso da Internet no Brasil pelo Comitê Gestor da Internet – CGI.br: o **princípio da inimitabilidade da rede**⁸. De acordo com esse princípio, aquele que exerce a atividade instrumental de transporte e de acesso a dados não poderá ser responsabilizado civil e penalmente pelos danos causados pelo conteúdo desses dados.

Embora pareça óbvio, nunca é demais ressaltar que o art. 18 só isenta a responsabilidade civil do provedor de conexão caso o dano tenha sido causado por terceiros.

Assim, por exemplo, se o usuário/consumidor contrata um serviço à conexão de internet que tenha a velocidade “X”, se tal cláusula não for cumprida, há um dano evidente, a ser reparado segundo as regras do CDC, e o provedor responderá civilmente de forma objetiva, na qualidade de fornecedor de serviços.

O tratamento da responsabilidade civil do provedor de aplicação, diferentemente, é mais complexo e polêmico, e será analisado a seguir.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE APLICAÇÃO (ARTS. 19 A 21)

O Marco Civil, em seus arts. 19 a 21, regulamenta a responsabilidade civil dos provedores de aplicação de duas formas, de acordo com o conteúdo do material danoso:

- Regra geral: informações danosas genéricas - arts. 19 e 20;
- Regra especial: informações danosas de conteúdo íntimo e sexual - art. 21.

a) Regra geral: arts. 19 e 20

O *caput* do art. 19 estatui:

“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

⁸ “7. **Inimitabilidade da rede**. O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos”. COMITÊ GESTOR DA INTERNET. **Princípios para a governança e uso da Internet no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

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.”

A parte inicial do artigo é desnecessária. Afirma que a norma assegura a liberdade de expressão. Não era preciso, afinal, trata-se de um dos princípios da lei (art. 3º, I), e de uma das garantias para o pleno exercício do direito de acesso à internet (art. 8º, *caput*).

O provedor de aplicação não responde, a princípio, pelo conteúdo danoso (a que a lei denomina de “infringente”) gerado por terceiros que utilizam a plataforma⁹. Assim, por exemplo, se um usuário do *Facebook* posta uma mensagem ofensiva à honra de alguém, a responsabilidade civil é exclusiva do autor do fato.

A responsabilidade do provedor, contudo, só surgirá na hipótese de não cumprimento de uma ordem judicial de indisponibilização do conteúdo.

Mas essa ordem judicial precisa atender a dois requisitos: ser específica, ou seja, indicar precisamente qual o conteúdo lesivo, e conceder prazo razoável para a indisponibilização.

Para a indicação do material infringente, a lei não exige que o ofendido indique o endereço na Internet (URL)¹⁰ em que está hospedado o material.

Há três boas razões para isso:

1. Há conteúdos que não estão disponíveis nos tradicionais endereços de Internet, como os jogos *online* e os aplicativos;

2. Muitos endereços são dinâmicos. Uma informação que estava na página principal de um site de jornal, pode, em pouco tempo, ser colocada em outra;

3. Exigir a URL seria uma formalidade excessiva. Se o endereço do conteúdo lesivo for http://www.siteofensivo.com.br/blogs/blogsdorj/usuarioserginho/blodoserginho1975/index/página1234_5678aa/123.html, um único caractere alterado por um erro material poderia resultar na nulidade da decisão que determinou a indisponibilidade do material.

Nesse sentido, pela inexistência da indicação da URL, é a jurisprudência dos Tribunais:

⁹ Por questões didáticas, utilizar-se a expressão “plataforma” para o conjunto de serviços e ferramentas oferecidos por um provedor de aplicação.

¹⁰ A denominação técnica do endereço da Internet é *Uniform Resource Locator* – URL (“Localizador Padrão de Recursos”). Seria, por exemplo, <http://www.siteofensivo.com.br/página.html>.

“O artigo 19, § 1º da Lei 12.965/14 determina a indicação precisa do conteúdo ofensivo a ser excluído da internet, o que pode ser obtido por outros meios além da indicação das URLs. Assim, havendo elementos suficientes para identificação precisa das publicações a serem retiradas da rede social, deve ser cumprida a ordem judicial” (TJMG – Agravo de Instrumento nº 0807534-37.2014.8.13.0000).

A preocupação da lei com a individualização é tamanha que, dentre os requisitos da decisão que determina a indisponibilidade, é o único a provocar a sua nulidade (§1º):

§ 1º A ordem judicial de que trata o *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

O outro requisito para a emissão da ordem judicial, o prazo, deverá ser proporcional à complexidade do pedido e da extensão do dano causado pelo conteúdo infringente. Assim, por exemplo, se forem diversas páginas ofensivas, o tempo para torná-las indisponíveis poderá ser eventualmente maior.

É importante levar em consideração o fator tempo nas relações jurídicas que ocorrem na Internet. Um dia de exposição da ofensa pode ser suficiente para trazer pesados dissabores à vítima.

O STJ, em julgado anterior à vigência do Marco Civil, entendeu razoável o prazo de 24 horas para a retirada do conteúdo¹¹. Por outro lado, caso o prazo seja definido em dias, deverá ser contado em dias úteis, conforme determina o art. 219 do Novo CPC¹².

Tornar indisponível não é o mesmo que apagar. É deixar o conteúdo armazenado, mas inacessível aos usuários da Internet. Há utilidade para essa medida. Se o conteúdo infringente fosse, ao contrário, apagado, não poderia ser utilizado como prova pelas eventuais outras vítimas do fato que só tomaram ciência do dano em momento posterior.

¹¹ “Dessarte, obtemperadas as peculiaridades que cercam a controvérsia, considero razoável que, uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor **retire o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas**, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.” (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.323.754 -RJ – Rel. Nancy Andrighi). Para a Ministra Relatora, essa retirada seria, na verdade, uma suspensão preventiva das páginas, para que o provedor tivesse um tempo maior para analisar se o conteúdo delas era lesivo.

¹² Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

Infringente é todo conteúdo que provoque dano moral ou patrimonial à vítima, como por exemplo, a divulgação de dados pessoais ou a ofensa à sua honra, não importando o seu meio de divulgação: redes sociais, e-mails etc.

Logo, a responsabilidade civil surge a partir de um fato processual, ou seja, do não atendimento da ordem judicial de indisponibilização.

O art. 19 é silente no que diz respeito à espécie de responsabilidade civil. Objetiva? Subjetiva? Vai depender do tipo de relação entre as partes. Se for consumerista (inclusive nos casos de acidente de consumo), será objetiva. Nos demais casos, subjetiva.

O juiz, visando à efetividade da sua decisão, poderia impor multa diária ao provedor de aplicação como medida coercitiva, aplicando-se, assim, o art. 139, IV do Novo CPC¹³.

O provedor de aplicação não precisa integrar o processo para ser destinatário da ordem judicial. A lei fala em “ordem judicial específica”. A parte lesada poderá promover uma ação de responsabilidade civil em face do causador do dano, constando, no rol dos pedidos, um requerimento para que magistrado determine que o provedor de aplicação indisponibilize os dados.

Não há necessidade de se promover o contraditório com o provedor, afinal, os dados objeto da ordem não foram por ele produzidos e não lhe pertencem. Inclusive, o art. 20, que será abordado mais adiante, estabelece o dever do provedor de comunicar ao usuário autor do material tornado indisponível as razões desse fato, para que este possa promover eventuais medidas judiciais em defesa dos seus direitos.

Mas a regra do *caput* do art. 19 não é aplicada para todas as situações envolvendo um provedor de aplicação. A sua parte final ressalva as disposições legais em contrário. Uma delas está no próprio Marco Civil: o art. 21, que trata da pornografia de vingança.

O §2º¹⁴ afasta a aplicação dessa espécie de responsabilidade às questões de direitos autorais, salvo se houver previsão legal específica.

O §3º¹⁵ determina a competência dos juizados especiais para as causas que versem sobre “ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos

13 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: () IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

14 § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

15 § 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade” e sobre a “indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet”.

A norma não possui boa técnica. Os juizados especiais são competentes, na realidade, não só para as causas que envolvam a reputação, ou seja, em que houve dano moral, mas, inclusive, para as hipóteses de prejuízo econômico, desde que se atenda o limite máximo de valor da causa em 40 salários-mínimos, e que não seja necessária a prova pericial.

O §4^o¹⁶ trata dos requisitos da antecipação da tutela, que são os seguintes: prova inequívoca do fato e verossimilhança da alegação do autor; interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

É uma hipótese específica de tutela antecipada voltada para a indisponibilização de conteúdo, com alguns requisitos que já eram previstos no art. 273 do CPC/73, como o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, mas apresenta um novo: o interesse coletivo na manutenção da informação, a ser avaliado pelo juiz de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Questões que digam estritamente respeito à intimidade e à privacidade do peticionante recomendam a concessão da tutela.

O art. 20, *caput*¹⁷ trata do dever de comunicação do provedor de aplicação ao seu usuário que teve o conteúdo tornado indisponível. Obviamente, só o fará se tiver algum canal de contato com aquele (endereço de e-mail, telefone).

O provedor deverá comunicar os motivos e fundamentos da indisponibilização, bem como o conteúdo. O objetivo, a lei deixa claro: oferecer elementos para que o usuário, autor do conteúdo, eventualmente impugne judicialmente a restrição.

Inexplicavelmente, a lei não previu uma sanção para o provedor de aplicação que descumpra o dever de comunicação.

O provedor de aplicação só não estará obrigado a cumprir essa norma em caso de previsão judicial ou legal expressa.

16 § 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

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

O parágrafo único¹⁸ trata de outro dever imposto ao provedor de aplicação mas, ao contrário da obrigação do *caput*, esta é destinada apenas àqueles que exercem essa atividade de forma empresária. É o dever de substituir o conteúdo indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à medida, desde que tenha sido solicitado pelo usuário.

Nada impede, todavia, que o próprio lesado solicite a publicação da decisão judicial que tornou o material indisponível, com fundamento na Lei do Direito de Resposta (Lei 13.188/2015) ou, se se tratar de questão eleitoral, na Lei 9.504/97. Poderá, inclusive, fazer a substituição do conteúdo pela ordem judicial por si mesmo, sem a intervenção do provedor.

A outra espécie de responsabilidade civil prevista no Marco Civil possui um regramento mais simples, apesar da importância do bem que protege. Será estudada a seguir.

b) Regra especial: art. 21

O art. 21 do Marco Civil regulamenta a responsabilidade civil em caso da divulgação de conteúdo sexual:

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.

Busca-se combater uma prática cada vez mais comum na Internet: o denominado *revenge porn* (“pornografia de revanche” ou “de vingança”), que consiste na disponibilização sem autorização de fotos, vídeos ou qualquer outro material de conteúdo sexual, com o objetivo de causar dano à imagem, à honra e à intimidade da vítima.

¹⁸ Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Pela importância dos direitos protegidos, há um procedimento menos formal para a configuração da responsabilidade do provedor de aplicação. Enquanto que no art. 19 ela se configura pelo não atendimento de ordem judicial, no art. 21, por outro lado, decorre da omissão em observar a notificação enviada pela vítima ou por seu representante legal, caso seja menor. Nesse caso, a conduta, além de ilícito civil, poderá tipificar o crime do art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90)¹⁹.

Essa notificação deve ser entendida como qualquer meio de comunicação inequívoca (*e-mail*, redes sociais, aplicativos de mensagem etc) em que se solicita a indisponibilização de determinado material de cunho sexual.

Visa, também, determinar o termo *a quo* da eventual responsabilidade civil do provedor. Nada impede que a parte ofendida, dada a natureza do interesse em jogo, promova, imediatamente, uma ação judicial pleiteando a indisponibilização do material²⁰.

Esse material pode assumir as mais diversas formas: vídeos, fotos e ainda gravações de áudio ou a transcrição de uma conversa em um aplicativo de mensagens.

A lei não define um prazo para a indisponibilização do conteúdo. No art. 21, esse prazo será determinado pela vítima em sua notificação, a qual deverá observar os dois requisitos estabelecidos no parágrafo único²¹, sob pena de nulidade: a identificação do material infringente e a verificação da legitimidade do pedido.

O primeiro requisito também está previsto no art. 19, §1º, pelo que se remete àquela norma. Quanto à verificação de legitimidade do pedido, consiste na comprovação ao provedor de aplicação de o material conter a divulgação de material que diga respeito à intimidade da vítima.

E, se a notificação for nula, por não atender aos requisitos legais, a vítima poderá repeti-la? Deve-se entender que sim, pois a nulidade é

19 Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Pena reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

20 A parte poderia se utilizar, por exemplo, do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter de urgência, prevista no art. 303 do Novo CPC (Lei 13.105/2015), em que a urgência deve ser contemporânea à propositura da ação, com menos formalidades processuais (requerimento de tutela antecipada, indicação do pedido de tutela final etc).

21 Parágrafo único. A notificação prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

apenas daquele ato jurídico, que é estanque, e não guarda relação com posteriores notificações.

A melhor interpretação para o art. 21, parágrafo único do Marco Civil, em consonância com a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, é que a inobservância dos requisitos não constitui nulidade, mas mera irregularidade.

Merece análise, também, outro aspecto *sui generis* do art. 21, a saber: a forma de responsabilização. Enquanto que no art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicação só surge a partir do não atendimento da ordem judicial, no artigo em comento há uma inexplicável proteção do provedor.

A responsabilidade do provedor de aplicação no art. 21 só surge de forma subsidiária, ou seja, decorre do fato de o autor do fato danoso (aquele que divulga sem autorização do material íntimo) não possuir bens para indenizar a vítima ou, ainda, que não tenha sido identificado (conseguiu ocultar sua identidade²²).

É preciso chamar a atenção para o fato de que há aqui duas condutas e dois danos, distintos e relativamente independentes entre si. O agente divulga o conteúdo danoso, ofensivo à intimidade da vítima (dano 1); enquanto que o provedor de aplicação se recusa a atender a notificação de indisponibilização (dano 2). Não há razão para a subsidiariedade definida pela lei.

Na verdade, a responsabilidade civil na Lei 12.965/2014 foi definida de forma errônea, privilegiando os provedores de aplicação e ignorando as especificidades da Internet. Deixa os consumidores e os usuários desprotegidos, especialmente em uma situação em que a sua intimidade é atingida.

Assim, é fundamental repensar a responsabilidade civil dos provedores.

CRÍTICAS AO MODELO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DA LEI 12.965/2014. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PLATAFORMA

Normalmente, a relação jurídica entre o usuário e o provedor de aplicação é de trato consumerista, e o modelo de responsabilidade civil definido na Lei 12.965/2014 gera uma forte antinomia com as regras e princípios do Direito do Consumidor.

²² Vale notar que, nos casos de pornografia de vingança, dificilmente a segunda hipótese ocorrerá. Normalmente, o responsável pela divulgação do material é alguém com quem a vítima manteve um relacionamento íntimo, como um ex-marido ou ex-namorado.

Pelo CDC, a responsabilidade civil surge com o fato danoso (art. 14), enquanto que, na Lei 12.965/2014, exige, para a sua configuração a conduta do consumidor em promover uma ação judicial (art. 19) ou notificar o provedor (art. 21).

Por qual razão os provedores de aplicação, que são fornecedores de produtos e serviços, teriam um modelo de responsabilidade diferente dos demais e, ainda, mais oneroso ao consumidor?

A responsabilidade civil subsidiária do art. 21 é totalmente diferente do CDC: naquela norma busca-se proteger o provedor de aplicação; nesta, visa-se garantir o pleno ressarcimento do consumidor (arts. 13, I²³ e 28, §3²⁴).

Portanto, o Marco Civil da Internet não é a “Constituição da Internet”, que tanto se prometeu, mas o “Código de Defesa dos Provedores”.

É uma norma que estabelece diversas medidas de defesa dos provedores de aplicação, criando exceções às regras protetivas do CDC.

Exige, no caso do art. 19, a judicialização para a configuração da responsabilidade do provedor, trazendo o ônus para o consumidor. Passa a surgir de um fato processual.

Se essa responsabilidade só surge a partir de um fato processual, ela estimula a negligência dos provedores, que recebem “carta branca” para não atender a qualquer solicitação extrajudicial do usuário ofendido²⁵.

Essa judicialização, além de contribuir para o aumento da quantidade de processos em trâmite – um sério problema da realidade brasileira – entra em conflito com o Novo CPC, que prestigia a arbitragem e a mediação.

Portanto, o Marco Civil diminuiu as proteções garantidas pelo Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual se questiona a constitucionalidade dos arts. 19 a 21.

A Constituição Federal prestigia a defesa do consumidor em dois pontos: no rol de direitos e garantias (art. 5^o, XXXII); e, ainda, ao defini-la como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, V).

23 Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

24 § 3 As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

25 Nesse sentido, Marcelo Thompson: “O que o Marco Civil traz, portanto, é um instrumento que promove a conduta irrazoável e irresponsável de provedores de serviços na internet. Isto porque, mesmo provedores de serviços que ajam com negligência – ou até mesmo com malícia – na manutenção de conteúdo de cuja existência têm ciência, não poderão ser de qualquer forma responsabilizados, senão pelo descumprimento de ordem judicial extemporânea e, muitas vezes, jurisdicionalmente distante”. THOMPSON, Marcelo. **Marco Civil ou demarcação de direitos?** Democracia, razoabilidade e as fendas da Internet no Brasil. Revista de Direito Administrativo. Vol. 261, p.214. Rio de Janeiro: Fórum, set-dez. 2012.

E uma das formas de realizar essa defesa é afastar a aplicação de qualquer norma que exclua, diminua ou enfraqueça o consumidor.

O STF, entendeu, por exemplo, a inaplicabilidade da Convenção de Varsóvia²⁶ ao direito brasileiro, pois implicava retrocesso social aos direitos assegurados no Código de Defesa do Consumidor²⁷. Há portanto, aplicação do princípio de vedação ao retrocesso.

A questão da constitucionalidade do art. 19 foi apreciada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), o qual, em sede de apelação cível²⁸, entendeu pela validade da norma:

“O autor argumenta que a normativa anterior (Código de Defesa do Consumidor) previa a responsabilidade objetiva, amenizada sob a nova normativa (Marco Civil da Internet) em relação aos provedores. A arguição, **contudo, desconsidera os elementos históricos, sociais e econômicos que justificam a alteração: são novas relações, imprevisíveis ao legislador anterior, dado o avanço tecnológico e a relevância que o tema, em poucos anos, atingiu**”. (grifei)

Data venia, o fato de a internet criar novas relações jurídicas não pode justificar a criação de leis que enfraqueçam e diminuam a defesa do consumidor, como é o caso do Marco Civil.

Guilherme Martins, em brilhante obra sobre a responsabilidade civil na Internet, aponta a inconstitucionalidade do art. 19, § 2º, o qual afasta a incidência do *caput* às questões envolvendo direito autoral.

Entende o ilustre professor que o Marco Civil, aqui, determinou a prevalência dos direitos patrimoniais sobre os da personalidade, prestigian-do, assim, a rica indústria do entretenimento. Violaria, dessa maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV, CF)²⁹.

Logo, se são inconstitucionais as normas do Marco Civil que regulam a responsabilidade civil dos provedores de aplicação, qual diploma legal deverá ser utilizado?

26 Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional. Foi assinada em 1929 em Varsóvia.

27 “O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.” (STF - RE 351750, Relator(a): Min. Marco Aurélio).

28 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. Processo nº 1081911-23.2014.8.26.0100.

29 MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 330.

Para responder a essa pergunta fundamental é preciso compreender como ocorrem os fatos jurídicos no contexto dos provedores de aplicação.

Com o surgimento da denominada “Web 2.0”³⁰, as empresas de internet passaram a atuar como **plataformas**, fornecendo ferramentas (sites e aplicativos) para que seus usuários utilizassem.

Essa relação jurídica teria semelhança com a figura do direito real de superfície (arts. 1.369 a 1.377 do Código Civil). O proprietário (o provedor de aplicação) permite que o superficiário (o usuário) utilize o terreno (a plataforma) para construir ou plantar (armazenar dados, postar vídeos etc).

É o caso, por exemplo, do *Blogger*³¹, provedor de aplicação que permite a criação de blogs e sites, ou, ainda, do *Youtube*³², que disponibiliza os vídeos criados por seus usuários

Normalmente, esses sites são gratuitos³³, gerando lucros de diversas formas: pela exibição de publicidade aos seus usuários, pela venda dos seus dados pessoais a terceiros ou, ainda, pela cessão dos direitos autorais dos trabalhos realizados na plataforma³⁴.

Vale dizer que o usuário realiza todo o trabalho de forma gratuita, sem perceber, na grande maioria das vezes, qualquer contraprestação por isso.

Marc Goodman³⁵ alerta que o *Facebook* é uma rede social com mais de 1 bilhão de usuários que, diligentemente, atualizam seus *status*, postam vídeos e fotos em suas linhas do tempo, constituindo, assim, **a maior força de trabalho gratuita da História**, tornando essa sociedade empresária multibilionária.

Se o provedor de aplicação lucra pelo conteúdo gerado por seus usuários, ele deve, também arcar com os danos causados por eles pelo uso das ferramentas.

30 A criação do termo “Web 2.0” é atribuída a Tim O’Reilly, um famoso especialista em tecnologia, e significa uma internet mais dinâmica e interativa, com sites atuando como plataformas para a produção e exibição de conteúdo. O’REILLY, Tim. **What is Web 2.0?** Disponível em: <<http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

31 Disponível em <<https://www.blogger.com>>.

32 Disponível em <<https://www.youtube.com>>.

33 Alguns sites utilizam o modelo de negócio denominado “freemium” (junção de “free” + “premium”), em que há duas modalidades de serviço: um gratuito (free), simples e básico e, outro, pago (premium), com mais funcionalidades. É o caso, por exemplo, do serviço de armazenamento em nuvem Dropbox (www.dropbox.com), que fornece ao usuário gratuito um pequeno espaço para guardar arquivos, e para o pagante, uma quantidade muito maior.

34 A rede social Instagram, de propriedade do Facebook, possui a seguinte cláusula, sob a rubrica “Direitos”: “1. O Instagram não reivindica a propriedade de nenhum Conteúdo que você publica no Serviço ou através dele. Em vez disso, você concede ao Instagram, por meio deste, uma licença global, não exclusiva, sublicenciável, sem royalties e totalmente paga de uso do Conteúdo que você publica no Serviço ou através dele, (...)” (grifo). INSTAGRAM. **Termos de Uso**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/instagram/478745558852511/>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

35 GOODMAN, Marc. **Future Crimes: Everything Is Connected, Everyone Is Vulnerable and What We Can Do about It**. Nova Iorque: Doubleday Books, 2015. p. 55.

Quando um usuário utiliza de forma abusiva uma ferramenta, por exemplo, postando um vídeo ofensivo no Youtube, não se trata de culpa exclusiva de terceiro (art. 12, §2º, III), a impedir a responsabilidade do provedor.

É a responsabilidade pelo risco, fundamentada no uso da plataforma.

Os provedores alegam que é impossível fiscalizar os usuários, impedindo a causação de danos. Em parte, é verdade, mas por culpa dos próprios provedores, que não se preocupam com a segurança.

O *Facebook*, por exemplo. Para alguém se tornar usuário da rede social, basta preencher um rápido formulário com poucos detalhes. Já, em caso de falecimento, há um procedimento burocrático para desabilitar o perfil do *de cujus*, exigindo o envio da certidão de óbito do falecido³⁶. Ou seja, fácil para entrar, difícil para sair.

Por outro lado, realmente é possível a realização de filtragem pelos provedores de aplicação. O *Youtube* possui uma sofisticada ferramenta de análise de todo e qualquer conteúdo enviado por seus usuários, bloqueando a exibição de material protegido por direitos autorais³⁷.

Vale lembrar que o *Facebook* foi acusado de censurar mensagens que fizesse alusão a uma rede social concorrente, a *Tsu.co* (www.tsu.co). Qualquer mensagem que tivesse esse *link* era impedida de ser incluída na linha do tempo do usuário³⁸.

Dessa forma, deve ser preservado o modelo de responsabilidade civil previsto no CDC, e o provedor de aplicação deverá responder objetivamente pelo conteúdo gerado por terceiros.

Admite-se que o provedor de aplicação possa filtrar as mensagens, mesmo de forma prévia, desde que seja para atender a **critérios mínimos de convivência**, previstos expressamente em seu termo de uso. Esses critérios elencariam as condutas ofensivas e antissociais, que seriam vedadas e punidas na rede. Seriam, por exemplo, os conteúdos preconceituosos, que fizessem apologia a crimes etc.

Com a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 19 e 21 do Marco Civil pelos motivos ora expostos, se propõe a aplicação da responsabilidade baseada no modelo do *notice and takedown*, ou seja, o provedor de aplica-

36 FACEBOOK. Como faço para remover a conta de um membro da família falecido? Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/1518259735093203>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

37 YOUTUBE. Understand YouTube rights management. Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/4597810?hl=en>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

38 HAMANN, Renan. Facebook está bloqueando links para a rede social Tsu. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/88740-facebook-bloqueando-links-rede-social-tsu.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

ção, uma vez notificado pela vítima para a indisponibilização do conteúdo lesivo, só será responsabilizado civilmente se não atendê-lo no prazo por ele indicado. Não haveria a necessidade de judicialização apenas para a configuração da responsabilidade³⁹. O consumidor-usuário, portanto, estaria livre desse pesado ônus trazido pela lei.

CONCLUSÃO:

As normas da Lei 12.965/2014 que tratam da responsabilidade civil são inconstitucionais e não estão em consonância com o sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor,

São artigos que exigem, para a configuração do dano, a judicialização, trazendo ônus para o usuário ofendido e, ainda, estimulando a desídia por parte dos provedores de aplicação.

O Marco Civil, saudado como uma lei inovadora e avançada, esconde, nos artigos aqui comentados, a sua real intenção, a de privilegiar os provedores de aplicação.

É preciso, portanto, salvaguardar os interesses dos usuários-consumidores nessa nova realidade tecnológico, em que estão cada vez mais hipossuficientes. E essa hipossuficiência deve-se, em grande parte, à “Constituição da Internet”. ❖

BIBLIOGRAFIA:

ARAUJO, Bruno. **Dilma sanciona o Marco Civil da internet na abertura da NETMundial**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/04/netmundial-inicia-com-obrigado-snowden-e-defesa-da-internet-livre.html>>. Acesso em: 16 out. 2016.

BARLOW, John Perry. **Declaração de Independência do Ciberespaço**. 1996. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/ciber/textos/barlow.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

³⁹ O notice and takedown foi adotado por alguns precedentes do STJ antes da vigência do Marco Civil. A saber: “REDES SOCIAIS. MENSAGEM OFENSIVA. REMOÇÃO. PRAZO. A Turma entendeu que, uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, pela omissão praticada. Consignou-se que, nesse prazo (de 24 horas), o provedor não está obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso. Entretanto, ressaltou-se que o diferimento da análise do teor das denúncias não significa que o provedor poderá postergá-la por tempo indeterminado, deixando sem satisfação o usuário cujo perfil venha a ser provisoriamente suspenso. Assim, frisou-se que cabe ao provedor, o mais breve possível, dar uma solução final para o caso, confirmando a remoção definitiva da página de conteúdo ofensivo ou, ausente indicio de ilegalidade, recolocá-la no ar, adotando, na última hipótese, as providências legais cabíveis contra os que abusarem da prerrogativa de denunciar. Por fim, salientou-se que, tendo em vista a velocidade com que as informações circulam no meio virtual, é indispensável que sejam adotadas, cêlere e enfaticamente, medidas tendentes a coibir a divulgação de conteúdos depreciativos e aviltantes, de sorte a reduzir potencialmente a disseminação do insulto, a fim de minimizar os nefastos efeitos inerentes a dados dessa natureza (STJ, 3ª Turma, REsp 1.323.754/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, julgado em 19/6/2012).

COMITÊ GESTOR DA INTERNET. **Princípios para a governança e uso da Internet no Brasil.** Disponível em: <<http://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

GOODMAN, Marc. **Future Crimes: Everything Is Connected, Everyone Is Vulnerable and What We Can Do about It.** Nova Iorque: Doubleday Books, 2015.

FACEBOOK. **Como faço para remover a conta de um membro da família falecido?** Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/1518259735093203>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

HAFNER, Katie. **Where Wizards Stay Up Late: The Origins Of The Internet.** Estados Unidos: Simon & Schuster, 1998.

HAMANN, Renan. **Facebook está bloqueando links para a rede social Tsu.** Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/88740-facebook-bloqueando-links-rede-social-tsu.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

INSTAGRAM. **Termos de Uso.** Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/instagram/478745558852511/>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na internet.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

O'REILLY, Tim. **What is Web 2.0?** Disponível em: <<http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>>. Acesso em: 8 jun. 2016.

THOMPSON, Marcelo. **Marco Civil ou demarcação de direitos? Democracia, razoabilidade e as fendas da Internet no Brasil.** Revista de Direito Administrativo. Vol. 261. Rio de Janeiro: Fórum, set-dez. 2012.

YOUTUBE. **Understand YouTube rights management.** Disponível em: <<https://support.google.com/youtube/answer/4597810?hl=en>>. Acesso em: 8 jun. 2016.