

**O MARCO CIVIL DA INTERNET COMO NOVO PARADIGMA PARA A
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DA REDE: O
*JUDICIAL NOTICE AND TAKEDOWN***

**CIVIL FRAMEWORK FOR THE INTERNET AS NEW PARADIGM FOR CIVIL
RESPONSIBILITY OF SERVICE PROVIDERS NETWORK: THE JUDICIAL NOTICE
AND TAKEDOWN**

Eliphaz Neto Palitot Toscano¹

Annaís Moraes de Moraes²

RESUMO

Concebendo que a sociedade está cada vez mais inserida na realidade virtual, é primordial haver uma reformulação da maneira de pensar os institutos jurídicos. As respostas jurídicas a esse novo mundo necessitam estar concatenadas com a predileção da Constituição Federal de 1988, paradigma máximo de produção normativa e de aplicação do direito pelos magistrados, sobretudo no que atine à conservação as liberdades de expressão e de informação. O Marco Civil da Internet, Lei nº 21.965/2014, é norma que busca fazer a regulação da rede e dar as respostas para os conflitos que inevitavelmente acontecem no dia a dia. Anteriormente a esse paradigma legal, o Poder Judiciário produziu teses para resolução dos embates gerados no mundo virtual, importando teses jurídicas alienígenas. Relevante entender o papel dos provedores de serviços de internet frente à temática da responsabilidade civil, sobretudo com a inovação legal conhecida como Marco Civil da Internet.

Palavras-chave. Marco Civil da Internet; *Judicial notice and takedown*; Responsabilidade civil; Direito e internet; Liberdades

ABSTRACT

Conceiving that society is increasingly embedded in virtual reality, it is essential to be a reformulation of thinking legal institutes. Legal responses to this new world need to be concatenated with the predilection of the Federal Constitution of 1988, normative paradigm maximum production and application of the law by judges, particularly in the conservation atine the freedoms of expression and information. The Civil Marco Internet standard is seeking to make the regulation of the network and give the answers to the conflicts that inevitably happen on a daily basis. Prior to this legal paradigm, the Judiciary theses produced

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Bolsista de Iniciação Científica da Universidade Federal da Paraíba. Integrante do grupo de pesquisa *Justiça & Política* - JUSPOL. Membro do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Novos Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional - IDCC. E-mail: netotoscano@hotmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Integrante do grupo de pesquisa *Justiça & Política* – JUSPOL. Membro do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Novos Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional – IDCC. E-mail: annaismm@gmail.com

for resolution of conflicts generated in the virtual world, importing aliens legal theories. Relevant to understand the role of internet services across the issue of civil responsibility providers, especially with the legal innovation known as Civil Marco Internet.

Key-words. Civil Marco Internet; *Judicial notice and takedown*; Civil responsibility; Law and internet; Freedoms

INTRODUÇÃO

O século XXI está a pleno vapor: novas formas de produzir, maneiras inéditas de se relacionar e novidades em todos os campos da vida humana. Descobriu-se a cura de várias doenças e medidas profiláticas eficientes; o planeta Terra foi mapeado e se consegue prever a chegada de catástrofes naturais permitindo que pessoas sejam salvas; as armas bélicas ficam cada vez mais potentes e precisas. A transmutação foi global e geral, mas faz-nos pertinente destacarmos uma em particular: o avanço das mídias digitais.

É assombroso o crescimento (em quantidade e qualidade) da produção de tecnologias que são atinentes ao mundo virtual. Essa tecnologia é, sem dúvidas, um dos principais agentes transformadores da vida humana e de todas as complexidades que a envolvem. Há algumas décadas seria inimaginável ter acesso a uma imensidade tão grande de conteúdos, bem como cogitar tamanha facilidade em se relacionar com pessoas de todo o mundo de forma instantânea.

A internet dá-nos uma falsa impressão de anonimato, fator que leva diversas pessoas a agir de maneira a gerar prejuízos financeiros, emocionais e psicológicos a outras, pela simples existência de uma segurança da identidade proporcionada pela rede. Porém, ao revés, é possível identificar o responsável pelo dano através do endereço de IP (*Internet Protocol*, sequência numérica que identifica a máquina que está conectada à rede de forma única) da máquina ou rastreando as contas do usuário nas redes sociais. Não são métodos com total eficácia, mas ajudam na identificação do autor do prejuízo, principalmente pelo descuido do internauta causado pelo sentimento de invisibilidade. O mais interessante, além da própria responsabilização pessoal, é entendermos a possibilidade de a operadora de internet ser obrigada a reparar danos causados por seus usuários.

Neste diapasão, perfazendo a necessidade de adaptação do conteúdo jurídico do ordenamento brasileiro às complexidades advindas das novas tecnologias, sobretudo as virtuais, é primordial que repensem os institutos do Direito Civil no sentido de abarcar a “vida virtual”. Na internet desenvolvem-se relações de consumo; exteriorizam-se as relações entre casais (até podendo o meio virtual vir a constituir prova para a caracterização de uma

união estável) e tem-se a divulgação (e a violação) de trabalhos autorais. Falamos apenas de algumas situações que ocorrem corriqueiramente no mundo virtual, mas, diga-se que, por óbvio, esses exemplos foram uma “gota d’água no oceano”.

Como escopo primeiro do trabalho em tela, temos o de pensar o instituto jurídico da responsabilidade civil no que concerne às relações que se travam na seara da internet, sobremaneira, nas redes sociais como *Facebook*, *Twitter* e *Instagram* (mais movimentadas da rede), a partir de uma abordagem constitucional à liberdade de manifestação de pensamento, expressão e de informação, bem como do entendimento da Lei nº 12.965/2014, mas conhecida como Marco Civil da Internet (fruto, em grande parte, de ativa participação popular). Ressalte-se que o foco maior será no trato à responsabilidade civil das operadoras da rede, pois a inovação legislativa proporcionou um novo paradigma que tende a suprimir a prática consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça que adota a teoria do *notice and take down*.

1 A CONSTITUIÇÃO FRENTE À ERA DIGITAL: LIBERDADES CONSTITUCIONAIS PRIMORDIAS À INTERNET

Partindo-se da análise dos institutos jurídicos de Direito Civil à luz da Norma Fundamental Brasileira, podemos tomar algumas considerações. Primeiramente, o acesso à informação e a liberdade de expressão são garantias abalizadas pela Constituição de 1988 como direitos fundamentais. Insculpi seu texto:

Art. 5º (...): IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

O primeiro dispositivo faz referência à liberdade de expressão, ou seja, uma garantia de autodeterminação do indivíduo (AGRA, 2014), necessária à proteção daquilo que lhe é mais caro: seus pensamentos e convicções individuais. Pensamentos são dados que são armazenados na mente humana, frutos da atividade do intelecto (RODRIGUES JÚNIOR, 2009). Logo, tem-se a liberdade de pensamento e a liberdade de manifestá-lo livremente, apenas com a vedação ao anonimato. A vedação ao anonimato possui duas funções : a) prevenir, pois desestimula manifestações abusivas do pensamento ; e b) repressivamente,

permitindo o exercício do direito de resposta e a responsabilização civil e / ou penal (NOVELINO, 2013).

Dirley da Cunha (2014, p. 541) assevera que liberdade de opinião ou pensamento é o “direito de exprimir o que se pensa. É a liberdade de expressar juízos, conceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa”. Essa garantia busca tutelar , em não havendo colisão com outros direitos de mesma estatura e com outros valores constitucionalmente postos , toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, havendo interesse público, ou não, e sendo valioso, ou não (BRANCO; MENDES, 2014). O irreparável Norberto Bobbio (2000, p. 76) relaciona de forma contundente a liberdade de expressão como sustentáculo de um sistema democrático, afirmando que

A liberdade de dissentir necessita de uma sociedade pluralista , uma sociedade pluralista permite uma maior distribuição do poder , uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e finalmente a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política

Vale ressaltar que o inciso V do artigo 5º da Constituição alude ao direito de resposta, que deve ser proporcional ao agravo, podendo existir uma reparação em sede de dano material, moral ou à imagem, ou seja, quando a liberdade de manifestação de pensamento aferir danos ao direito alheio, pode haver a reparação do dano, bem como o direito de resposta. Quanto ao direito de resposta, frisemos que o órgão responsável pelo agravo deve conferir à resposta o mesmo destaque atribuído à notícia falsa ou desrespeitosa (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013). O art. 14 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) trata de forma exata do direito de resposta, nos seguintes termos:

Toda pessoa atingi- da por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral tem direito de fazer , pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei

Além do direito de resposta, abusos ocorridos no exercício irregular da manifestação do pensamento podem sofrer exame e apreciação por parte do Poder Judiciário, com a possibilidade de responsabilização civil e penal (MORAES, 2014, p. 45). Com efeito, para que determinada ação encontre guarida no seguro porto da liberdade de expressão , tem-se como requisito que o exercício desta não prejudique ninguém , em nenhum de seus direitos (TAVARES, 2014, p.484). O dispositivo do inciso V não confere fundamento constitucional para qualquer pretensão relacionada à responsabilidade civil , mas tão somente para as

atinentes à reparação de danos decorrentes do exercício da liberdade de expressão (SARMENTO, 2013).

Entende-se que a liberdade de manifestação de pensamento prevista no inciso IV do artigo supracitado é atomizada no inciso IX em forma de “liberdade de expressão”. Este dispositivo ainda faz menção ao fato de que a liberdade de expressão independe de censura (prévia ou posterior) ou de qualquer licença para que seja devidamente veiculada. Vejamos, a Carta Magna vem assegurando em diversos dispositivos a garantia à liberdade, no caso, de manifestação de pensamento e de expressão (parte da doutrina entende como termos unívocos).

Em consonância e de forma complementar ao já exposto, há a previsão do já transcrito inciso XIV. Nesse dispositivo encontra-se assegurado o direito à informação, apenas ressalvando o resguardo ao sigilo da fonte, quando devidamente necessário ao exercício da profissão.

Atente-se que todo o exposto possui uma convergência temática que aponta para a superação de um regime ditatorial de alto grau de censura à manifestação do pensamento, da expressão e do acesso à informação, correndo no sentido da construção de um sistema democrático e garantidor das liberdades individuais com fundamento maior na Bíblia Política do Brasil (termo usado por J.J. Gomes Canotilho).

Em verdade, cabe-nos fazer um breve alerta quanto à censura. A vedação à censura deve englobar tanto sua possível incidência prévia frente ao conteúdo a ser veiculado, como sua incidência de forma posterior por meio dos modos de reparação moral, material e de danos à imagem (inciso V já comentado). A censura prévia se traduz em controle , em necessidade de permissão a que se submete , de forma anterior e vinculativamente, qualquer conteúdo que pretende ser exposto ao público (MORAES, 2014). A censura não é somente anterior, mas caso haja uma incidência exagerada das punições à manifestação, certamente estar-se-á realizando uma censura, mesmo que posterior:

Mas, se é verdade que a tutela de bens jurídicos conflitantes pode justificar a responsabilização civil e até a penal daqueles que exercitarem de maneira abusiva a sua liberdade de expressão, não é menos certo que os valores dessa liberdade não deixam de incidir neste momento posterior . Afinal, pouco adiantaria proibir a censura prévia e permitir que , pela via da responsabilização ulterior penal ou civil , as pessoas fossem perseguidas ou prejudicadas pela manifestação das suas opiniões sempre que estas de alguma maneira atingissem os interesses de terceiros . Além das injustiças que fatalmente seriam perpetradas contra os críticos mais corajosos dos poderosos de plantão , este modelo teria efeitos sistêmicos nefastos , pois

induziria a sociedade ao silêncio e à autocensura, empobrecendo os debates sociais e prejudicando o direito à informação do público. Trata-se do fenômeno que a doutrina norte americana denominou “efeito resfriador” (chilling effect) do discurso (SARMENTO, 2013, 262).

A garantida liberdade de expressão, em sendo direito fundamental, possui, primordialmente, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura (BRENCO; MENDES, 2014).

Ainda que à época da promulgação da Constituição Federal não houvesse tamanha difusão da internet (pode-se dizer que não possuía representatividade, pois era uma tecnologia em início de desenvolvimento e de difícil acesso), o conteúdo jurídico adotado pelo constituinte abrange os meios de comunicação e interação virtual. É o entendimento que podemos abstrair dos dispositivos supracitados, bem como o art. 220 também o faz, mas agora em capítulo que trata em específico da comunicação social:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

As comunicações se traduzem em meios de veiculação de informações. Existem os meios já tradicionais como o jornal impresso, o rádio e a TV. Ainda existe a internet, meio de comunicação consolidado e de extrema importância para a população, pois é espaço para a aquisição de conteúdos (notícias; trabalhos científicos etc), bem como meio de intensa interação entre os indivíduos.

Não restam dúvidas que a Constituição Federal busca proteger todo e qualquer meio de manifestação de pensamento, ressaltando apenas o anonimato, incluindo, por consequência, os meios virtuais nessa rede de proteção. Mas essa liberdade não é irrestrita e há a possibilidade de responsabilização civil e criminal por atos e conteúdos veiculados na internet, tanto dos usuários quanto das operadoras da rede. Logo, a liberdade é ampla, mas está limitada aos mesmos limites dos outros meios. Diga-se, o mundo virtual possui características diferenciadas e, repita-se, os institutos jurídicos precisam ser compreendidos de uma nova forma que acolha essa “vida virtual” e possa dar, portanto, as respostas mais acertadas aos novos desafios jurídicos que se impõem.

Portanto, nesse primeiro momento, importante ressaltar o caráter da Constituição de garantidora das liberdades, em especial as de manifestação do pensamento e de informação, principalmente na “era digital”. Vimos também que a liberdade é ampla, mas que pode vir a se confrontar com direitos alheios e, por vezes, dar ensejo a retratações e indenizações por parte de quem sofreu o agravo.

Passemos então a uma abordagem da responsabilidade civil amparada pela Norma Fundamental, o que se faz de fundamental importância para a posterior análise do conteúdo do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

2 TRAÇOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O ENQUADRAMENTO DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET

Em apertada síntese traremos dos aspectos gerais da responsabilidade civil. Primeiramente, temos que saber a concepção clássica, para então traçarmos as linhas concernentes à concepção moderna e a teoria adotada como regra geral do Código Civil de 2002.

Importante se faz entender a concepção clássica do instituto da responsabilidade civil. Nas palavras de René Savatier (RODRIGUES, 2002) temos que responsabilidade Civil é a obrigação de reparar o dano causado ao patrimônio de outrem, por ato próprio culposos. Ressalte-se que a definição clássica do instituto em comento não está equivocada, mas incompleta. Não se pode aceitar essa definição em tempos atuais, pois não é só dano patrimonial que deve ser reparado, bem como sabemos que a responsabilidade não é apenas culposa e o ato não necessita ser próprio.

Já com contornos mais modernos, temos que a o instituto civil da responsabilidade se perfaz num conjunto de medidas preventivas ou reparatórias que objetivam a não ocorrência ou a reparação do prejuízo causado a outrem, seja tal dano de cunho patrimonial ou extrapatrimonial. Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar (VENOSA, 2014). Esse ato que gera o prejuízo pode ser um ato próprio, pelo fato da coisa que seja pertencente ao devedor ou até a um fato de um terceiro. Tal ato pode ter por base a culpa ou o consagrado risco integral pela atividade exercida.

Além de entendermos o que é o Direito, é de A função da responsabilidade é um meio necessário à efetivação de processos destinados a assegurar a adaptação , integração e continuidade de uma convivência social pacífica (GIANCOLI; WALD, 2012). Reitere-se que um dano que não foi reparado torna-se um fator de inquietação social (VENOSA, 2014). A responsabilidade civil não possui tão somente uma função reparatória, mas também possui um viés de desestímulo a novos danos causados, ou seja, uma prevenção de danos (ROSENVALD, 2013).

Lembremos dos pressupostos da responsabilidade civil que estão subdivididos em quatro, de acordo com o artigo 927 do CC/02: conduta, culpa, dano e nexo de causalidade:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O art. 927 estabelece que a regra geral do sistema seja a responsabilidade subjetiva, portanto, a responsabilidade baseada na culpa. Diga-se ser “subjetiva” a responsabilidade quando está embasada na ideia de culpa. Comprovar a culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do gravame indenizável (GONÇALVES, 2014). Nesse sentido, vale ressaltar que essa culpa, ordinariamente, deve ser provada pelo ofendido para que o agente responda civilmente, afora dos casos previstos em lei de presunção de culpa.

O parágrafo único do dispositivo em comento trata da responsabilidade objetiva. Tal modalidade de responsabilidade, em curtas linhas, é fruto de uma tendência de tornar objetiva a responsabilidade visando a efetiva reparação dos danos causados à vítima. De acordo com esse tipo de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente gerador do prejuízo é irrelevante juridicamente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013). A responsabilidade objetiva é uma responsabilidade sem culpa, que são as exceções à regra geral do art. 927. Em sendo responsabilidade objetiva, não se perfaz necessária a prova de culpa do agente para que haja a obrigação da reparação do dano. Faz-se, pois, prescindível a prova, levando em consideração que a responsabilidade se funda no risco (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

Além dos casos previstos em lei, a responsabilidade também pode ser objetiva por decisão judicial. Ou seja, teremos uma dupla possibilidade de objetivação: casos previstos em lei e por decisão judicial. O próprio STJ tende a flexibilizar o nexo de causalidade para garantir a efetiva reparação do dano em determinados casos.

Defronte às novas tecnologias, como já explicitado, os indivíduos tendem a se sentirem envoltos em uma “capa invisível” do anonimato proporcionado pelas características do convívio em rede. Acontece que a responsabilidade civil desses indivíduos que operam danos a outros existe, sendo de natureza subjetiva. Quando identificado o causador do dano e preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, ele deverá ser punido com vistas aos direitos da vítima do prejuízo e à efetiva reparação em pecúnia, bem como uma possível retratação pelo mesmo meio em que o dano foi proporcionado.

O que se constrói em maior complexidade não é a responsabilidade do usuário da rede que afere o prejuízo a outrem, mas o da operadora, a da empresa que gere as redes

sociais e comandam as operações dos sites de conteúdos e os que proporcionam grandes interações virtuais, como *Google* (que também gere o canal de vídeos *YouTube*), *Facebook*, *Twitter* e *Instagram*. Será que essas empresas podem ser responsabilizadas por atos de seus usuários, sendo que estes, em tese, possuem liberdade de se expressar livremente em rede? É possível que a empresa seja afetada pela solidariedade para a reparação do dano causado por um usuário?

O entendimento primeiro é o de que corrente dominante nos tribunais havia atribuído aos provedores de internet uma responsabilidade subjetiva, assim como o fez o Marco Civil da internet. Não foi considerada objetiva, pois o entendimento é o de que a atividade desenvolvida por esses provedores não está inclusa dentre aquelas que, normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Ressalte-se o termo “atividade de risco” é bastante amplo e potencial causador de controvérsias no momento real de delimitação do que se caracteriza ou não como risco, cabendo o alerta que

Poucos anos após a promulgação do Código , discute-se, ainda, o sentido da referência legal às atividades que , “normalmente desenvolvidas”, implicam “risco para os direitos de outrem”. Contesta-se, habitualmente, que qualquer atividade humana importa, em alguma proporção, risco aos direitos alheios. A crítica, puramente formal, demonstra apenas que o legislador pretendeu , obviamente, referir-se às atividades que trazem risco elevado , risco provável, verdadeiro perigo de dano (SCHREIBER, 2013, p. 23).

Em realidade, a responsabilidade objetiva dos provedores de serviços de Internet em todas as ocasiões, mesmo que por atos de seus usuários , tendo como fundamento a teoria do risco criado, não se perfaz acertada e nem justa (essa forma de responsabilidade objetiva para intermediários online não é adotado em qualquer outro país). Ao revés, a completa falta de responsabilidade estimularia comportamentos omissos e geraria o descaso dos fornecedores de serviços online no que atine às condutas dos seus usuários (LEONARDI, 2012).

Traçada a perspectiva geral sobre o tema, passemos a particularizá-lo sob o prisma adotado pelo legislador na edição do Marco Civil da Internet. Relevante compreendermos, antes de revelarmos o caráter atribuído à responsabilidade na lei 12.965/2014, forma de responsabilização virtual adotada pelo Superior Tribunal de Justiça antes da aprovação da lei em comento.

3 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O *NOTICE AND TAKEDOWN*

O aumento do número de usuários da internet cresce a cada ano no Brasil. Não há dúvidas de que, mesmo quando não existia um marco legal tratando do tema, eram inúmeros os ilícitos virtuais que acabaram nos bancos dos diversos tribunais espalhados pelo país. Não nos cabe aqui analisar as decisões de cada tribunal, ao passo que, por serem muitos os casos, o tema acabou por chegar ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) para que chegasse ao entendimento jurídico adequado para a resolução da controvérsia. Logo, tracemos o entendimento que o STJ buscou firmar em seus julgamentos.

O STJ vinha adotando o chamado *notice and takedown*. Essa tese adotada advém da legislação norte-americana, mais precisamente da *DMCA – Digital Millennium Copyright Act* (Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital), a qual tem como fim proteger os direitos autorais em ambientes virtuais, além de proibir a produção e distribuição de tecnologia digital que permita burlar os meios de proteção desses direitos.

Essa legislação dos Estados Unidos inseriu no ordenamento daquele país o mecanismo de proteção denominado *notice and takedown*, pelo qual o provedor passa a não responder pelos atos ilícitos perpetrados por usuários antes de haver uma notificação (pela polícia ou pela vítima). No caso da prática continuar, o provedor responde solidariamente (SANTOS, 2009). Este método obriga a retirada (takedown), pelo provedor da internet, de conteúdos que violem os direitos autorais, a partir do recebimento de uma notificação (*notice*) da parte interessada ou em cumprimento a ordem judicial. Caso o provedor da internet não retire do ar o conteúdo, mesmo que de forma preventiva para a análise e possível recolocação na rede (caso de não haver necessidade de retirá-lo), a empresa fica passível de responder solidariamente com o usuário causador do dano. Nesta esteira entendamos que

A doutrina norte-americana do notice and take down foi concebida para lidar especificamente com conflitos de natureza autoral.¹⁴ Em linhas gerais, a doutrina do notice and take down cria uma exceção à responsabilidade por violação de direitos autorais na internet, assegurando imunidade aos provedores de serviço (service providers) que atenderem prontamente à notificação do ofendido para a retirada do material impróprio. Com a notificação, o controverso dever geral de monitoramento permanente da rede transforma-se em uma obrigação específica de agir, que, se atendida, isenta o provedor de responsabilidade (SCHREIBER, 2013, p. 225).

Relevante percebermos que a teoria é, antes de tudo, uma proteção para as operadoras da rede, pois visa facilitar a retirada de conteúdos que violem os direitos autorais de circulação, permitindo que a empresa não seja responsabilizada, caso aja de acordo com os ditames legais e retire o conteúdo do ar. Bem como é benéfico às produtoras e aos autores de obras audiovisuais, de livros e demais obras sujeitas à exposição inadequada na rede e/ou sem

o consentimento do autor para tal, pois o conteúdo autoral não ficará exposto por longos períodos de tempo, o que poderia vir a gerar maiores prejuízos de ordem financeira, principalmente. Mas, em sentido contrário, o uso indiscriminado de tal mecanismo legal tem o potencial de atentar contra as liberdades individuais proporcionadas por um sistema democrático, como é o caso dos Estados Unidos da América e do Brasil.

Podemos então destacar a utilidade desse mecanismo, qual seja ser uma maneira de as empresas que hospedam conteúdos dos usuários não acabarem por serem responsabilizadas pelo que **estes** colocam na rede. Pode-se dizer, em sentido inverso, que se trata também de um abuso, ao passo que basta uma simples notificação para que as empresas de internet retirem do ar posts, vídeos, blogs que, por vezes, não tem fim comercial e nem sequer promovem conteúdos piratas.

A Seção 1201, a, da *Digital Millennium Copyright Act* estabelece que ninguém pode tentar evitar uma medida de proteção tecnológica que busca efetivamente controlar o acesso a uma obra protegida. Em sequência, a Seção 1201, 2, a, do texto legal aduz que nenhuma pessoa deve fabricar, importar, ofertar ao público ou fornecer qualquer tecnologia produto, serviço, dispositivo, ou parte dele que é projetado ou produzido com a finalidade de evitar uma medida de proteção tecnológica que efetivamente controla o acesso a uma obra protegida. Em caso de infração dessas normas de direito autoral, pode-se imputar responsabilidades civis e penais ao causador do prejuízo.

A lei americana em comento, aprovada em 1998, produziu efeitos além do esperado pelo legislador. Denuncia-se o fato do uso do mecanismo legal estar sendo utilizado para barrar estudos científicos, o que acaba por “emperrar” avanços na seara tecnológica. Vários cientistas passaram a ver os conteúdos de seus trabalhos retirados da rede, graças a denúncia da empresa que se sentia violada pelos estudos dos pesquisadores. Além disso, esses mesmo cientistas passaram a receber cartas de ameaça com base na lei de direito autoral norte-americana.

A *Electronic Frontier Foundation* busca defender os direitos do povo americano no mundo digital e traz a lume diversos casos de mau uso desta lei, como, por exemplo, em que o professor J. Alex Halderman, à época estudante de graduação na Universidade de Princeton, descobriu a existência de várias vulnerabilidades de segurança no software de proteção contra cópias de CD em dezenas de títulos Sony-BMG. Ele atrasou a publicação de sua descoberta por várias semanas, enquanto a consulta com os advogados, a fim de evitar as armadilhas da *DMCA* (*Digital Millennium Copyright Act*). As falhas de segurança inerentes **do** "rootkit",

software de proteção contra cópias da Sony BMG, foram posteriormente divulgado por outro pesquisador que estava aparentemente inconsciente dos riscos jurídicos criados pelo *DMCA*. O professor Halderman precisou requerer uma isenção à *DMCA* para poder efetuar suas pesquisas, sob pena de responder por ter criado meios de violação ao direito autoral da empresa, bem como não divulgou os resultados de sua pesquisa na rede pelo mesmo motivo. Nesse caso, como se percebe, não se trata da responsabilidade da operadora da internet que, caso o professor houvesse divulgado seus estudos na rede e a empresa fosse notificada extrajudicialmente, estaria assim obrigada a retirar o conteúdo do mundo virtual por clara violação à lei de direitos autorais dos EUA.

Partindo para um caso mais específico de responsabilização de uma operadora da rede, podemos trazer à baila uma situação que envolveu a renomada empresa *Apple*. Em 2009, a *Apple* ameaçou a o site de hospedagem gratuita *BluWiki* por estar sediando uma discussão entre os aficionados por *IPods* de engenharia reversa para interoperar com outro software, o *iTunes*, da *Apple*. O material discutido no site era tão somente sobre o esforço de uma engenharia reversa, juntamente com alguns trechos de códigos relevantes extraídos do software da empresa. Não houve efetivamente nenhuma “ferramenta de evasão”, tampouco qualquer indicação de que os debatedores haviam conseguido chegar a uma solução para os seus esforços de interoperabilidade entre softwares. Todavia, os advogados da *Apple* enviaram ao *BluWiki* uma carta para que fossem cessadas as discussões, sob pena de a empresa tomar as medidas legais cabíveis, de acordo com os dispositivos da *DMCA*.

A partir desse caso, vemos que o sistema do *notice and takedown* intuitido pela *DMCA* possui suas vantagens e desvantagens, como dito. As vantagens são para os detentores de direitos autorais que pretendam retirar de circulação conteúdos que não foram autorizados ou que barrem a propagação de mecanismos que possam “furar” o bloqueio e propiciar a violação de tais direitos. Por outro lado, na prática, essa lei acabou gerando uma retração nas quantidades de pesquisas que estavam sendo desenvolvidas em relação às falhas de segurança nas tecnologias de proteção autorais das empresas (seria, por um lado até um benefício para as empresas, pois faria com que elas aperfeiçoassem a segurança dos seus produtos), bem como também fez com vários pesquisadores e demais indivíduos deixassem de divulgar suas descobertas na internet, sob pena de uma responsabilização civil ou criminal.

As operadoras de internet acabam por escapar do dever de indenizar, pois passaram a utilizar a lei para isso, ou seja, quando notificadas de uma irregularidade que trate de direitos autorais (ou, por vezes, nem tratem) já tratam de retirar o conteúdo do ar. Assim, muitas vezes, notificações extrajudiciais descabidas acabavam por acarretar a retirada do conteúdo da

rede, pelo motivo de que as operadoras preferiam retirar o conteúdo e não responder civilmente, do que fazer uma análise mais criteriosa do ocorrido e correr o risco de ser responsabilizada. Fica, pois, comprometida a liberdade de expressão, cabendo severas críticas a esse método norte-americano, como a de que

O notice and take down é essencialmente procedimental. Aplicá-lo sem uma disciplina legal previamente estabelecida implica não apenas em criar uma fissão considerável no sistema brasileiro de responsabilidade civil, mas também em atrair riscos graves para o exercício da liberdade de expressão na internet. Com efeito, estabelecer uma limitação de responsabilidade para o gestor do site que atende prontamente à notificação para retirada do material significa estimular uma solução imediata em sede extrajudicial, o que se afigura muito positivo quando o conteúdo veiculado é claramente ilegítimo, mas pode se converter em instrumento de abuso diante de manifestações legítimas da liberdade de expressão e pensamento.

O Superior Tribunal de Justiça, como anteriormente comentado, importou a tese jurídica do *notice and takedown*. Substituindo o papel do legislador, o STJ passou a estabelecer parâmetros de responsabilidade ao aplicar a técnica em comento, atuando de forma protagonista frente à controvérsia apresentada, mas que não possuía solução legal.

Em sede de Recurso Especial nº 1.396.417 - MG, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o STJ estabeleceu o que se chama de *leading case*, no caso *Google Brasil vs. Automax Comercial LTDA*. Na questão, a recorrente era a empresa *Google Brasil Internet LTDA* e pleiteava a reforma da decisão do Tribunal de Minas Gerais que estabeleceu indenização à recorrida pelo fato de haver página criada no *Orkut* (faz parte do grupo *Google*) que estaria veiculando indevidamente a logomarca da empresa.

Num primeiro momento, o julgado ressalta que “a exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90”. Ao passo que aduz que não se pode reputar defeituoso (nos termos do art. 14 do CDC) o serviço de internet prestado pelo *site* de relacionamento que não realiza a fiscalização de conteúdo de ofício, pois não se faz atividade intrínseca ao serviço disponibilizado. Ressalte-se o disposto no 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.

O *decisum* do STJ ainda revela importante entendimento acerca do fato da responsabilização dos provedores de hospedagem de *site* de relacionamento social por violação ser subjetiva. Ainda ressalta a relatora do processo que

A violação de direitos autorais em material inserido no *site* pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02 (...) a natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo.

Nesta esteira, a I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal insculpiu, no enunciado 38, o seguinte entendimento no que atine à responsabilidade objetiva pelo risco da atividade:

38 – Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

As responsabilidades dos provedores de internet, via de consequência, são de natureza subjetiva, pois a atividade não perfaz risco inerente a que se refere o art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

O embate jurídico em comento trata também do relevante confronto entre direitos, quais sejam os autorais e as liberdades que a Carta Magna de 1988 expressamente assegura *status* de norma fundamental, como a de expressão e a de acesso à informação. Assim assevera o julgado:

Não se pode exigir do provedor de *site* de relacionamento social a fiscalização antecipada de cada nova mensagem postada, não apenas pela impossibilidade técnica e prática de assim proceder, mas sobretudo pelo risco de tolhimento da liberdade de pensamento. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na *web*, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de criação, expressão e informação, assegurada pelo art. 220 da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. (...) Ademais, o controle editorial prévio do conteúdo das informações se equipara à quebra do sigilo da correspondência e das comunicações, vedada pelo art. 5º, XII, da CF/88. (...) a verificação antecipada, pelo provedor, do conteúdo de todas as informações inseridas na *web* eliminaria – ou pelo menos alijaria – um dos maiores atrativos da Internet, que é a transmissão de dados em tempo real, sobretudo no caso dos *sites* de relacionamento social, que pressupõem disponibilização instantânea dos *posts*. (...) Embora esse procedimento possa eventualmente violar direitos daqueles cujos *posts* venham a ser indevidamente suprimidos, ainda que em caráter temporário, essa violação deve ser confrontada com os danos advindos da divulgação de mensagens ofensivas, sendo certo que, sopesados os prejuízos envolvidos, prevalece a necessidade de proteção da dignidade e da honra dos que navegam na rede.

Em continuidade, é de bom alvitre destacar o sumo do entendimento trazido, assim como fica claro o uso da técnica do *notice and takedown* para a solução do caso. O STJ, atuando de forma protagonista e “substituindo” o legislador, estabeleceu o comportamento recomendado para que as empresas não arquem com a responsabilidade civil frente a danos causados por seus usuários, qual seja o de o provedor remover o conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo ao direito autoral de forma preventiva no prazo de 24h, a contar da comunicação. Caso a denúncia não mereça prosperar, o provedor deve restaurar o livre acesso ao conteúdo, como assente o julgado:

Ao ser comunicado de que determinada mensagem postada em *site* de relacionamento social por ele mantido possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo a direito autoral, deve o provedor removê-lo preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada.

Logo, entende-se que realizar uma fiscalização prévia do conteúdo veiculado na internet seria uma missão inviável, sendo um ônus extramamente excessivo a responsabilização pelos atos de terceiros não identificável (SCHREIBER, 2013). O STJ segue a via intermediária, trazendo a responsabilidade do gestor do *site* quando eles, após notificados, não retirarem o conteúdo ofensivo do ar, no caso, o tribunal decidiu o prazo de 24h para que o gestor tomasse a tal atitude e se desonerasse da responsabilidade.

Trazendo à lume explicitamente a técnica norte americana do *notice and takedown*, a Ministra Relatora faz relevantes considerações, elucidando ainda que se trata de técnica mais acertada para a resolução das questões atinente ao tema em comento:

Aliás, em relação especificamente à proteção da propriedade intelectual, os Estados Unidos editaram o *DMCA – Digital Millennium Copyright Act* (Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital), tendo por objeto não apenas a violação direta de direitos autorais em ambiente virtual, mas também a produção e distribuição de tecnologia digital que permita burlar medidas de proteção desses direitos. O DMCA introduziu o procedimento denominado *notice and takedown*, consistente num mecanismo de retirada (*takedown*), pelo provedor de Internet, de conteúdos que violem direitos autorais, a partir da notificação (*notice*) da parte interessada ou em cumprimento a ordem judicial. Realmente, este parece ser o caminho mais coerente. Se, por um lado, há notória impossibilidade prática de controle, pelo provedor de conteúdo, de toda a informação que transita em seu *site*; por outro lado, deve ele, ciente da existência de publicação de texto ilícito, removê-lo sem delongas.

Em arremate o voto da Ministra Relatora sintetiza tudo o que foi decidido no caso, revelando uma interpretação que estabelece os limites para a responsabilização da empresa

Google e das que se encontrem em situação similar, a despeito da lacuna legislativa que era realidade à época (antes da aprovação do texto do vigente Marco Civil da Internet):

Em suma, pois, tem-se que os provedores de conteúdo, notadamente de *sites* de relacionamento social: (i) não respondem objetivamente pela inserção de *posts* ofensivos ou violadores de direitos autorais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos *posts* inseridos nos perfis ou comunidades; e (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de *post* reputado ilegal e/ou ofensivo a direito autoral, removê-lo preventivamente no prazo máximo de 24 horas, até que tenham tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o *post* ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responderem solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada.

Entendido o caso, é interessante ressaltar que a própria *Google* estabelece uma política legal com base na *DMCA* e, por conseguinte, adota o *notice and takedown*. Traz-nos ainda a recomendação de que só se proceda com a notificação extrajudicial com a devida certeza de que o seu direito autoral está sendo violado, sob pena de o denunciante acabar por responder pelos danos causados pela retirada indevida do conteúdo legal. Como se vê:

É política de o *Google* responder a avisos claros de alegadas violações de propriedade intelectual. A resposta a estes avisos pode incluir a remoção ou a desativação do acesso a material alegadamente infrator e/ou a anulação de subscrições. (...) Tenha em atenção que estará sujeito ao pagamento de indenizações (incluindo custas e honorários de advogados) se alegar falsamente que um produto ou uma atividade está a infringir os seus direitos de autor.

Após a abordagem de como o STJ compreendeu o tema e confirmou o entendimento supracitado, faz-se de relevo elucidar mais uma vez: o exposto até o momento trata de situações anteriores ao Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014). Após o Marco Civil, o entendimento tende a ser diferente, como veremos a seguir.

4 O MARCO CIVIL DA INTERNET CONCRETIZAÇÃO DO *JUDICIAL NOTICE AND TAKEDOWN* NO ORDENAMENTO

Relatamos em tópicos anteriores como o Superior Tribunal de Justiça passou a disciplinar a matéria que se refere à responsabilidade civil dos provedores de internet por atos praticados por seus usuários. Destacamos que a tese aplicada era a importada, sobretudo, dos Estados Unidos, da *DMCA*, e chamada *notice and takedown*. O aplicador determinou o uso dessa técnica, a despeito da lacuna legislativa não preenchida pelo Congresso Nacional no que concerne à temática em tela.

Acontece que foi aprovada a Lei nº 12.965, o famoso Marco Civil da Internet. Tal lei foi fruto de intensos debates com a sociedade e contou com a influência das operadoras de internet e das empresas que tratam das questões de direitos autorais. Ela foi publicada no dia 24 de abril de 2014 e obedeceu a uma *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias, como determinado pelo seu artigo 32: “Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial”.

O artigo 1º do marco legal em comento traz-nos o objetivo que lhe vincula, qual seja o de estabelecer os princípios, as garantias, os direitos e deveres para uso da internet no Brasil, bem como determina as diretrizes para atuação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que tange à matéria. Ainda revela que a disciplina do uso da internet possui como fundamento a liberdade de expressão (art. 2º, *caput*), dentro outros fundamentos previstos em seus incisos:

- Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:
- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
 - II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
 - III - a pluralidade e a diversidade;
 - IV - a abertura e a colaboração;
 - V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
 - VI - a finalidade social da rede.

Atente-se para o que trata o *caput* (liberdade de expressão), mas também ao que explicita o inciso IV (abertura e colaboração), pois esse é um dos fundamentos vitais do uso da internet, sendo, possivelmente, a sua própria razão de ser: abertura para que as pessoas possam adentrar na rede e interagir com outras pessoas, atuando de forma colaborativa para o desenvolvimento laboral, intelectual e social. Não menos importante é o inciso VI que trata da finalidade da rede, o que significa entendermos a função da internet. Qual seria? Em um entendimento simples e de alcance geral, a rede tem a função de conectar as pessoas, de fazer com que a maior diversidade de conteúdos possíveis esteja dentro do mundo virtual e acessível para a sociedade em geral, para que a partir daí haja uma interação entre povos, culturas e conhecimentos e aproxime as pessoas a níveis de interação inimagináveis há algumas décadas.

O Marco Civil da Internet aduz aos princípios norteadores do uso da internet no Brasil em seu artigo 3º. É necessário frisar que o rol de princípios elencados no respectivo artigo não é exaustivo, mas, ao contrário, é exemplificativo, não excluindo outros princípios presentes no ordenamento jurídico, seja por legislação interna ou por tratados internacionais

dos quais o Brasil seja signatário. Disciplina o parágrafo único do dispositivo supracitado: “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”.

Fazendo alusão especificamente ao tema tratado no presente trabalho, a responsabilidade civil, o artigo em comento estabelece os seguintes princípios:

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;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

Como já falado anteriormente, as liberdades constitucionais já eram, antes da lei ora tratada, protegidas, mesmo diante da realidade virtual, tendo em vista a importância moderna da internet para a aquisição e divulgação de conteúdos, bem como a da própria expressão intelectual, artística e científica. Mas, realçando ainda mais a importância da liberdade de expressão, de comunicação e de manifestação de pensamento, o art. 3º, inciso I, asseverou expressamente que estes são princípios que regem o uso da internet, nos termos da Constituição Federal.

Além disso, ainda no inciso VI o marco legal firmou que tem natureza de princípio que regerá o uso da internet a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, o que se faz de suma importância para o entendimento da matéria, visto que trata expressamente da possibilidade de responsabilidade civil na internet (mesmo que antes já fosse assente essa possibilidade, graças ao que estabelece a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso V, e o Código Civil no que tange à responsabilidade civil, sobretudo a regra do art. 927).

E o inciso VII, que é o princípio da preservação da natureza participativa da rede, possui estreita conexão com a responsabilidade civil, bem como todo o conteúdo exposto anteriormente a respeito dessa lei. Mas, em particular, cabe uma atenção especial a esse dispositivo, pois ele atine especificamente ao principal fato da rede: a natureza participativa. Assim como os incisos IV e VI do art. 2º e os incisos I e VI do art. 3º, a norma em análise revela a finalidade primeira da rede, qual seja a participação. Os sujeitos adentram no mundo virtual buscando participar, seja numa relação de consumo, seja fazendo amigos ou compartilhando suas ideias e pensamentos. Logo, ao passo que se faz de natureza primária a participação, torna-se princípio abalizador e que, por ter natureza principiológica, orienta as demais disposições do tema, tendo o aplicador da lei, os provedores e os usuários da internet o

dever legal de respeitá-lo e protegê-lo. Lembremos que não existem princípios absolutos, pois, em regra, ocorrem conflitos entre princípios de mesma grandeza, impossibilitando que um se sobreponha a outro.

A lei ora versada providenciou espaço especial para o trato da questão da responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros em sua terceira seção do terceiro capítulo (entre os artigos 18 e 21).

A regra insculpida no artigo 18 transparece com clarividência solar a preocupação em não responsabilizar os provedores de conexão à internet por danos que decorram de conteúdos gerados por terceiros. Portanto, vemos que a regra geral é a não responsabilização de tais entes.

O disposto no artigo 19 é exatamente o cerne da questão, aduzindo que

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

É neste artigo que fica estabelecido o conhecido como *judicial notice and takedown* (notificação judicial e posterior “derrubada”), ou seja, o conteúdo danoso disseminado irá gerar responsabilização civil para a operadora da rede apenas se esta receber uma notificação judicial e não retirar tal conteúdo de circulação. Vemos, portanto, que a regra geral é a do artigo 18 (provedor de internet não será responsabilizado).

Nas discussões do Marco Civil foi cogitada a implantação da técnica estadunidense, mas, como constatado, não recebeu guarida nessa nova legislação, gerando diversas críticas dos defensores dos direitos autorais, como a que

Outro equívoco, além da subjetivação da responsabilidade, é pretender consagrar esta com o auxílio do próprio Poder Judiciário e, além disso, excluir a já criticável “subjetivação privada” por meio do “notice and takedown” (notificação e retirada) que – se não era a melhor solução e em comparação com a responsabilidade objetiva – ao menos tinha a vantagem da informalidade e da relativa rapidez, sendo importante frisar que o tema foi dos mais debatidos – e criticados – durante as audiências públicas, inclusive no âmbito dos direitos autorais (MORATO et al., 2013, 186).

Em consonância com todo o texto da lei telada, o artigo 19 reverbera a importância de assegurar a liberdade de expressão (vedando a censura). Diga-se: a censura não é exercida tão somente de maneira prévia, mas também pode se travestir de censura um alto grau de incidência de casos de responsabilização civil sobre questões verossimilhantes, pois inibe que

conteúdos sejam disseminados, sob pena de o veiculador do mesmo ter que arcar com indenizações ou, pelo menos, com o desgaste de um processo judicial. Neste caso, veda-se exatamente essa censura ulterior, ao passo que os provedores não possuem mecanismos de controlar tudo o que é disponibilizado na rede (censura prévia), mas podem retirá-los caso sejam ofensivos, todavia, reitere-se, só haverá responsabilização civil em caso de uma notificação judicial que ordene a retirada do conteúdo e o provedor da internet não o faça.

Essa disposição legal de fato beneficia muito as operadoras de internet. Antes dessa lei, o STJ, como explanado, entendia que haveria a responsabilização dos provedores no caso de não atentarem à retirada de determinado conteúdo ofensivo em havendo notificação extrajudicial para tanto. Agora, com a lei já vigente, o entendimento se traveste de novos contornos: pode-se dizer que “quase” se extinguiu a possibilidade de responsabilização civil dos provedores. A responsabilidade já era subjetiva, mas hoje quase passa a inexistir, cabendo apenas na hipótese do artigo 19.

Torna-se, evidentemente, um benefício ao livre exercício das liberdades de expressão, de manifestação de pensamento, de comunicação e de informação, pois dificulta a censura na rede. Nesse sentido, teoricamente, além de os provedores se beneficiarem, a população também passa a atuar com menos receios de censuras.

O que poderia acontecer se fosse aceita legalmente a técnica do *notice and take down*? Corria-se o risco, em concreto, de nos depararmos com situações semelhantes aos problemas relatados nos Estados Unidos, podendo haver um receio dos provedores de não retirarem o conteúdo, sob pena de arcarem com indenizações, e acabarem por realizar um censura acrítica, apenas para se safar de uma possível responsabilização.

Os §§ 1º, 3º e 4º do art. 19 tratam de relevantes questões processuais, quais sejam

§ 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.

§ 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.

§ 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.

Ressalte-se a relevância dos parágrafos supracitados, sendo que o primeiro se insurge preceituando que a ordem judicial deve ser específica e clara, de forma que permita o provedor localizar o material danoso para a retirada, sob pena de nulidade, pois seria tarefa impossível de ser cumprida. O terceiro parágrafo dá a possibilidade de que causas que tratem de indenizações por danos a direitos da personalidade, bem como a retirada do conteúdo danoso, sejam processadas em juizados especiais. O quarto parágrafo possui suma importância para uma tutela jurisdicional eficaz, pois expressamente revela a possibilidade do magistrado antecipar, nos casos elencados no parágrafo anterior, os efeitos da tutela, com a finalidade de guarnecer o direito do autor, havendo como requisito básico o fato de haver prova inequívoca, assim como haver receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Deixamos para comentar o segundo parágrafo propositalmente, pois atine aos direitos autorais, expondo que

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

Vê-se que para haver a incidência deste artigo no que se refere a direitos autorais e conexos, há a dependência de uma previsão legal específica. Entendemos que se deve combinar este dispositivo com o disposto no artigo 31, o qual relata que

Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2º do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei.

Portanto, a lei específica a que se refere o parágrafo segundo do art. 19, de acordo com o colacionado pelo art. 31, é a lei de direitos autorais vigente à época da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, sendo essa a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

Em nossa visão, há apenas uma possibilidade do afastamento do *judicial notice and take down* para uma aplicação “temperada” da técnica estadunidense da teoria de notificação e retirada, qual seja o do art. 21 do Marco Civil da Internet, assevera que

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.

Neste caso, refere-se à violação da intimidade, como a divulgação de imagens, vídeos ou materiais outros que contenham cenas de nudez ou atos sexuais, sem a autorização dos participantes. Ocorre que, sendo veiculados esses materiais, a vítima do dano necessita tão somente proceder com uma notificação extrajudicial ao provedor da internet para que amplie sua possibilidade de ver seus danos reparados. Trata-se de um *notice and take down* temperado, pois aqui se fala em responsabilidade subsidiária, ou seja, diferentemente da tese americana, aqui o provedor só arcará com a custa de uma indenização de forma subsidiária, ou seja, se quem efetivamente gerou o dano não reparar o dano perpetrado à vítima da exposição íntima indevida e desautorizado. Mas, para ser enquadrado como responsável subsidiário, deverá negligenciar a notificação e não proceder com a retirada do conteúdo infringente. Vê-se ainda que a norma não estabeleceu prazo para a retirada do conteúdo, tratando apenas de termos como “diligente” e “no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço”, ou seja, caberá ao aplicador da norma determinar o prazo para a retirada no caso concreto. Se se mantiver a tendência jurisprudencial anterior, a média temporal tende a ser de 24h a partir da notificação.

Esta notificação extrajudicial deve preencher aos mesmos requisitos da ordem judicial, ou seja, de acordo com os termos do parágrafo único do art. 21, é necessário constar, sob pena de nulidade, os elementos que permitam a identificação de forma específica do material apontado como violador da intimidade do participante e, não menos importante, a legitimidade para a apresentação do pedido. Essa disposição possui motivos claros, quais sejam o de localizar com exatidão o conteúdo que se pretende retirar da rede (lembremos que há uma quantidade infinita de conteúdos no meio virtual), e constatar se o reclamante possui legitimidade para fazer tal pedido.

Conseguimos ver de forma bastante límpida que o Marco Civil da Internet, a Lei nº 12.965/2014, provocou uma mudança, ainda no campo teórico (tendo em vista ser bastante recente), da forma de responsabilização das operadoras da rede frente aos danos perpetrados por terceiros. Antes tínhamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela aplicação da tese do *notice and take down*, o qual beneficiava as pessoas que se sentiam atingidas por conteúdos geradores de danos na rede, mas onerava os provedores e possuía uma tendência à mitigação da liberdade de expressão e de informação.

Hodiernamente, com esse importante marco legal, o paradigma se reinventa e temos a concretização do *judicial notice and take down*, beneficiando as operadoras da internet e existindo a tendência de proteção das liberdades constitucionais de expressão e conexas, mas

prejudicando o intento das pessoas que se sentem prejudicadas por conteúdos infringentes na rede, graças a demora que é corriqueira em ações judiciais.

CONCLUSÃO

Em arremate, reverbere-se que o Direito transmuta-se de acordo com as características sociais que o envolve. É um “ser” dinâmico, fruto das interações sociais e das influências sociais, políticas e culturais de cada época e de cada lugar.

Os avanços tecnológicos ocorrem de forma cada vez mais veloz em todos os prismas existentes. Dentro desse avanço temos o dos meios virtuais, que se perfazem na complexidade da internet. O Direito possui a necessidade inexorável de proporcionar guarida a esta realidade que é presente na vida de mais e mais pessoas com o passar dos dias.

A Constituição Federal de 1988 proporcionou conquistas imprescindíveis para o Estado Democrático de Direito que fundou, estando dentre essas as liberdades constitucionais, tais como as de expressão, de informação e de pensamento. Estabeleceu status de direitos fundamentais a tais liberdades, servindo estas de paradigma para o fabrico de normas e para a aplicação pelos magistrados, pois a Carta Magna Pátria conforma todo o ordenamento jurídico.

Em meio a maior abrangência da internet no Brasil, surgiu a necessidade de se regular legalmente a temática. Para tal, criou-se o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014. A nova legislação consagrou novos e importantes paradigmas para a regulação da vida em rede no território nacional.

Anteriormente ao Marco Civil, o Poder Judiciário possui a necessidade de dar respostas as demandas trazidas às suas bancadas, mesmo que inexistindo lei específica que tutelasse o tema da responsabilidade civil das operadoras de serviços de internet, sobretudo. Anteriormente à Lei 12.965/2014, o Superior Tribunal de Justiça estava aplicando tese jurídica importada dos Estados Unidos, conhecida como *notice and take down*. A lei em comento estabeleceu solução diversa, aduzindo que se deve partir para a aplicação da chamada *judicial notice and take down*.

O Marco Civil possui o escopo de proteger, sobremaneira, a liberdade de expressão, tão cara para um sistema efetivamente democrático e livre de censuras prévias ou posteriores. Além da proteção às liberdades na internet, esse marco legal beneficiou os servidores de internet, pois quase que os isenta de qualquer responsabilização frente a danos causados por seus usuários, e dificultou a retirada de conteúdos ofensivos da rede, prejudicando os

indivíduos que possuam conteúdo que deflagre danos à sua pessoa, inclusive em se tratando de direitos autorais.

Portanto, ao fim e ao cabo, a responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet possui novo paradigma. Vê-se que o ordenamento jurídico pátrio está buscando se ajustar à realidade virtual e dar respostas concretas aos grandes dilemas existentes, mas que possuem soluções complexas e, por isso mesmo, a tendência é que sempre remanesçam críticas e desajustes que comprometem em maior grau os direitos de um frente aos de outros. No caso, entendemos que, a priori, o Marco Civil introduziu relevante proteção aos que já fora garantido de forma mais ampla pela Constituição: a liberdade de se expressar distante das censuras que venham a comprometer o ideal democrático. Cabe à doutrina e, mais precisamente, aos tribunais passarem a tornar real o que ainda é abstrato para comprovarmos a real eficácia desse Marco Civil da Internet.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Forense, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri-SP: Manole, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União. Seção 1, de 24 de abril de 2014. p.1-3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 22 jun. 2014.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Poder Executivo, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 jun. 2014.

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, 12 set. 1990. Seção 1 – Suplemento, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 26 jun. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. **REsp. 1.396.417 - MG**, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 07.11.2013. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1279538&sReg=201302517510&sData=20131125&formato=PDF>. Acesso em: 30 jun. 2014.

CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

Digital Millennium Copyright Act. <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/F?c105:1:./temp/~c105g7va5k:e9852>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. Vol. 3. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIANCOLI, Bruno Pandori; WALD, Arnold. **Direito Civil: responsabilidade civil**. Vol. 7. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEONARDI, Marcel. Determinação da responsabilidade civil pelos ilícitos na rede: os deveres dos provedores de serviços de internet. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; SILVA, Beatriz Tavares da (Coord.). **Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99-116.

LEONARDI, Marcel. Responsabilidade dos provedores de serviços de internet por atos de terceiros. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos; SILVA, Beatriz Tavares da (Coord.). **Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 199-230.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORATO, Antonio Carlos. Os direitos autorais e o marco civil da internet. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). **O direito na sociedade da informação digital III: a evolução do direito digital**. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.

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

PUCCINELLI JR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES JR, Otávio Luiz. Comentário ao artigo 5º, inciso IV. In: AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MENDES, MIRANDA, Jorge (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 95-108.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Manuella. **Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 259-263.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Suporte Legal da Google. <<https://support.google.com/legal/answer/1120734>>. Acesso em: 27 jun 2014.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Unintended Consequences: Twelve Years under the DMCA. <https://www.eff.org/wp/unintended-consequences-under-dmca#footnote27_pu26tw2>. Acesso em: 27 jun. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. Vol 4. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.