

Aplicabilidade do Marco Civil da Internet na responsabilidade civil por uso indevido de conteúdo protegido por direitos autorais na internet

João Quinelato de QUEIROZ*

RESUMO: A consolidação do uso massivo da internet na sociedade da informação desafia as formas tradicionais de tutela dos direitos autorais. A rapidez com que conteúdos circulam na rede revela a necessidade de meios de tutela eficazes para coibir as violações de Direitos Autorais na rede. Com a entrada em vigor do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), impõe-se a tarefa de analisar se o ordenamento jurídico em vigor dispõe de mecanismos eficazes de tutela dos Direitos Autorais, a partir da ótica de merecimento de tutela e à luz da funcionalização do Direito Autoral.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Autorais. Marco Civil da Internet. Internet. Responsabilidade Civil. Conteúdo protegido.

SUMÁRIO: 1. Ementa do acórdão; – 2. Apresentação do caso; – 3. Direitos Autorais: para que servem?; – 3.1. A função promocional e a função social; – 4. O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14); – 4.1. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo e do provedor de aplicação da internet; – 4.2. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por direitos autorais no Marco Civil; – 4.3. A aplicação do Marco Civil no REsp 1.512.647-MG/STJ na tutela dos direitos autorais; – 5. Conclusão.

ENGLISH TITLE: The applicability of the Internet Brazilian Act (Marco Civil da Internet) on the civil liability for the use of protected content on the Internet: Comments on the REsp 1.1512.647-MG / STJ.

ABSTRACT: The consolidation of the massive use of internet in information society defies the traditional ways of protection of author's rights. The speed in which contents travel on the web reveals the necessity of efficient means of protection so as to stem violations of author's rights online. With the Civil Rights Framework for Internet, it becomes necessary to analyse if the Brazilian legal system has efficient mechanisms in order to protect author's rights, from the perspective of legal worthiness and in the light of a functionalized author's rights law.

KEYWORDS: Copyright; Brazilian Internet Act; Internet; civil liability; protected content.

CONTENTS: 1. Synthesis of the judgment; – 2. Case presentation; – 3. Copyright: what is it for?; – 3.1. The promotional and social function; – 4. The Brazilian Internet Act (Law nº 12.965/14); – 4.1. The civil liability of the content and internet application provider; – 4.2. The civil liability of the

* Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ, 2016). Possui especialização em Direito do Entretenimento pelo CEPED-UERJ (2015). Especialização em Copyright-X pela Harvard Law School, Berkman Center for Internet & Society, Harvard University, em parceria com o ITS-Rio (2016). Advogado corporativo.

content provider for copyright in the Brazilian Internet Act; – 4.3. The application of the Brazilian Internet Act in case REsp 1512647 MG/STJ in the protection of copyright; – 5. Conclusion.

1. Ementa do acórdão¹

“Direito civil e processual civil. Violação de direitos autorais. Rede social. *Orkut*. Responsabilidade civil do provedor (administrador). Inexistência, no caso concreto. Estrutura da rede e comportamento do provedor que não contribuíram para a violação de direitos autorais. Responsabilidades contributiva e vicária. Não aplicação. Inexistência de danos que possam ser extraídos da causa de pedir. Obrigação de fazer. Indicação de URL's. Necessidade. Apontamento dos IP's. Obrigação do provedor. *Astreintes*. Valor. Ajuste”.

2. Apresentação do caso

Botelho Indústria e Distribuição Cinematográfica Ltda (“Botelho Ltda”), demandou em face de Google Brasil Internet Ltda (“Google”), sendo Botelho Ltda empresa de educação jurídica que oferece seus cursos em vídeo, por CD e DVD, e surpreendeu-se com a comercialização ilegal de seus produtos no *Orkut*, rede social pertencente à Google.

Aduziu a rede de ensino, na demanda, que (i) notificou a Google para que retirasse os anúncios de seus produtos do *Orkut*; (ii) que a Google respondeu ser impossível tal retirada por não terem sido informados os endereços eletrônicos; (iii) que a Botelho Ltda em seguida notificou novamente a Google informando os endereços eletrônicos onde estavam anunciados ilegalmente seus produtos; (iv) que a Google se manteve inerte e não retirou do ar os anúncios apontados pela Botelho Ltda.

Em função da inércia, Botelho Ltda ajuizou a ação indenizatória em face da Google, cujos pedidos eram (1) a obrigação de fazer consistente na retirada dos anúncios de seus produtos, (2) fornecimento do IP de cada usuário que anunciou ilegalmente seus produtos no *Orkut*, (3) fiscalização de novos anúncios indevidos e (4) ressarcimentos de danos materiais a ser apurado por perícia e compensação por danos morais.

¹ STJ, REsp nº 1.512.647/MG, Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgamento em 13.05.2015 e acórdão disponibilizado no DJe 05.08.2015. Embargos de Declaração julgados em 09/12/2015, rejeitados por unanimidade, e publicados no DJe em 15.12.2015.

Em primeira instância, a demanda foi julgada parcialmente procedente, condenando-se a Google a indenizar a Botelho Ltda em danos materiais, a fornecer os IP's dos usuários infratores e condenada, também, na obrigação de fazer consistente na retirada das páginas da rede social do *Orkut* identificadas pela Botelho Ltda. Julgou-se improcedente, entretanto, o pedido de fiscalização das violações futuras.

Em segunda instância, após apelação de ambas as partes, a sentença foi integralmente mantida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Em sede de recurso especial interposto pela Google, esta aduziu ter sido condenada ao cumprimento de obrigação de fazer impossível, pois não era viável a retirada dos anúncios cujos links não haviam sido especifica e minuciosamente informados pela Botelho Ltda. Além disto, alegou que a responsabilidade do provedor de internet seria subjetiva, dependente de culpa, a qual inexistiria *in casu*, já que não houve inércia pela retirada do ar das páginas indicadas – não obstante o comprovado envio de notificações extrajudiciais por Botelho Ltda. Alegou, também, que não expôs à venda ou distribuiu obra pirateada, sequer não contratou obra alheia, de modo que não seria responsável civilmente.

O Recurso Especial interposto pela Google foi parcialmente provido pelo Superior Tribunal de Justiça, alegando-se inexistência de responsabilidade civil do provedor, em razão de quatro principais fundamentos, a saber:

- (i) A conduta do provedor de internet não se amolda às condutas descritas no art. 102 a 104² da Lei de Direitos Autorais;
- (ii) O *Orkut* não tinha como traço fundamental o compartilhamento de obras, tendo sido apontado por prova pericial que o *Orkut* não dispunha de arquitetura capaz de praticar atos ilícitos, descabendo a teoria da responsabilidade contributiva do provedor de internet;

² “Art. 102. O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada, poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível”; “Art. 103. Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido”; “Parágrafo único. Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos. Art. 104. Quem vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior”.

- (iii) O *Orkut* não teria auferido lucros com a venda ilícita do material pirateado, não se aplicando, portanto, a teoria da responsabilidade vicária;
- (iv) Não deve a Google ser condenada na obrigação de fazer referente à retirada do *Orkut* das páginas indicadas pela Recorrida em razão de falta de precisão na indicação, pela Recorrida, dos endereços das páginas apontadas.

Os fundamentos decisórios serão analisados, a seguir, à luz da função dos direitos autorais, precisamente, das suas funções promocional e social, analisando-se as teorias de responsabilidade civil aplicáveis aos provedores de acesso e como o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) foi aplicado no caso em concreto.

3. Direitos autorais: para que servem?

A transformação ocorrida no direito civil a partir da introdução da metodologia do direito civil constitucional³ opera uma transformação na análise dos institutos do direito civil, no chamado caminho da despatrimonialização do direito civil⁴, onde o Código Civil perde seu papel de centralidade no sistema e sendo substituído pela Constituição da República. Nota-se, com efeito, a transição da análise estrutural para a análise funcional dos institutos do direito civil. Desloca-se a pergunta “como é o direito” para “para que serve o direito?”, na lição de Pietro Perlingieri.⁵ A relativização do perfil estrutural em detrimento do perfil funcional traz a indagação: qual função deste direito no caso concreto? Quais interesses ele tutela? Qual sua função no mundo concreto?⁶ A partir da visão de Pietro Perlingieri, pergunta-se: para que servem os direitos autorais?

³ No caminho da construção do direito civil-constitucional, Maria Celina Bodin de Moraes destaca a revolução dos conceitos introduzida pela adoção da Constituição como centro do sistema jurídico. Segundo a autora, “significa dizer que a igualdade – formal e substancial -, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana se tornam os parâmetros axiológicos da jurisprudência e de todo o aparato jurídico conceitual, estando aptos a fundar uma verdadeira revolução nos conceitos jurídicos próprios do direito privado e, sobretudo, na função atribuída a estes conceitos” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 29).

⁴ “Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 33).

⁵ Ao falar da função, Perlingieri menciona: “É da máxima importância identificar a estrutura e a função do fato jurídico. Preliminarmente pode-se dizer que a estrutura e função respondem a duas indagações que se põe em torno ao fato. O ‘como é’ evidencia a estrutura, o ‘para que serve?’ evidencia a função” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 94).

⁶ A respeito da transição do perfil estrutural ao perfil funcional, vide, por todos, BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 833.

Neste sentido, a doutrina reforça a necessidade de análise do direito autoral a partir da ótica funcional. Este esforço deve ser redobrado na atual era da sociedade da informação,⁷ onde se assiste a uma intensa circulação de dados e potenciais violações a direito de autor a todo instante.⁸ Carlos Affonso Pereira de Souza aponta que o desenvolvimento da economia criativa na sociedade da informação é uma meta a ser desempenhada pelos Direitos Autorais, a partir da sua visão funcionalizada. Para se compreender o papel desempenhado pelos direitos autorais na sociedade da informação, diz o autor, é indispensável a análise da **função social** e da **função promocional** dos direitos autorais.⁹

É certo que as novas tecnologias introduziram um ritmo acelerado à difusão de dados¹⁰, trazendo certos desafios à ordem jurídica Brasileira: assegurar a proteção dos direitos autorais (art. 5º XVII da CR/88) e, ao mesmo passo, garantir a eficácia do princípio constitucional do direito à educação (art. 6º *caput* e art. 205 da CR/88), do direito de acesso à cultura, educação e ciência (art. 23 V da CR/88) e sem frear o progresso tecnológico e científico.

Não se pode, sob o argumento de tutela das obras protegíveis, permitir que a Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) não se curve diante do texto constitucional e, com efeito, seja insuflado o ajuizamento de demandas indenizatórias por supostas violações injustas ao Direito Autoral, sob pena de se criar barreira ao progresso da tecnologia e acesso aos direitos fundamentais e violação frontal ao *mandamus* constitucional. Neste sentido, Carlos Affonso Pereira de Souza pontua que o abuso nas ações indenizatórias no campo do direito de autor tem como efeito primeiro o bloqueio ao desenvolvimento

⁷ A expressão ‘sociedade da informação’ foi utilizada pioneiramente pelo então presidente da Comissão Europeia, Jacques Delors, o Conselho da Europa de Copenhague, para definir o crescente uso da tecnologia da informação no intuito de reforçar a economia, melhorar a prestação de serviços públicos e incrementar a qualidade de vida dos cidadãos (MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da informática*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 43).

⁸ Maria Celina Bodin de Moraes, ao abordar a tutela dos direitos da personalidade na contemporaneidade, pontua alguns dos desafios do civilista no âmbito da internet: “Como é facilmente perceptível, novos e monumentais desafios vêm se colocando no que se refere à tutela da privacidade da pessoa, tato por força dos desenvolvimentos tecnológicos da biomedicina, quanto pela multiplicação das possibilidades de violação decorrentes da difusão do meio de comunicação conhecido como internet” (BODIN DE MORAES, Maria Celina. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 57).

⁹ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *O abuso do direito autoral*. 20 de março de 2009. 321 págs. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 172.

¹⁰ Ronaldo Lemos aponta que “qualquer pessoal com acesso à internet entra em atrito constante com os direitos autorais”, de modo que o desafio é “adaptar a lei aos desafios inerentes à sociedade da informação, a exemplo das novas formas de criação de conteúdo de modo colaborativo, algo que ocorrem e diversas plataformas, como a Wikipedia. Esses modelos desafiam os conceitos tradicionais de autoria, e a aplicação rígida da lei pode inviabilizar o florescimento de uma cultura colaborativa sob o amparo do direito” (LEMO, Ronaldo *et al.* *Direitos autorais em reforma*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade, 2011, pp. 73-74).

tecnológico. Isto porque, em nome da necessidade de remuneração do autor, novas utilizações passam a ser bloqueadas pelo temor de potencial infringência injusta aos direitos autorais – percebendo-se, assim, o abuso nas ações indenizatórias.¹¹

O desafio do intérprete, portanto, é analisar o direito autoral sobre seu prisma funcional e não meramente estrutural¹², partindo-se da premissa de Pietro Perlingieri de que a tarefa atual da metodologia consiste na elaboração de um sistema fundado em valores presentes no ordenamento jurídico, isto é, consiste na projeção dos princípios constitucionais sobre todo o tecido normativo, não se olvidando de que a solução encontrada deve pender para o fomento ao progresso tecnológico e conciliando-a com as duas funções dos direitos autorais.

Passa-se, com efeito, para a análise das suas duas funções primordiais apontadas na doutrina: a função promocional e a função social.

Os direitos autorais têm duas funções primordiais¹³: uma **promocional**, que garante que os autores sejam remunerados pelas obras criadas, e sintam-se estimulados a criar mais e que a produção intelectual seja, com efeito, fomentada, e outra **social**, que garante o acesso de todos ao conhecimento, permitindo determinados usos das obras protegidas, dispensada a autorização expressa do seu autor. A convivência destas duas funções decorre diretamente da positivação do direito autoral na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assim determina:

Artigo XXVII: 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e participar do processo científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem o direito à proteção dos direitos morais e materiais

¹¹ Neste sentido: “A percepção do abuso nas ações indenizatórias cujo efeito principal é impedir o desenvolvimento tecnológico é bastante claro. Em nome da manutenção de um modelo que supostamente remunera adequadamente os seus autores e titulares de direitos autorais, impede-se que novas utilizações sejam criadas pela tecnologia existente, ou mesmo se tenta impedir, com a ameaça de responsabilização, o progresso de novas tecnologias que potencialmente infringem a tutela autoral” (SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Direitos autorais, desenvolvimento tecnológicos e responsabilidade civil. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, v. 7, 2010, p. 134).

¹² Ao abordar a funcionalização do instituto dos direitos autorais, Ronaldo Lemos e outros pontuam que “a leitura literal da lei brasileira desautoriza uma série de condutas que estão em conformidade com a funcionalização dos direitos autorais. Por exemplo: a Lei de Direitos Autorais não autoriza expressamente que se faça cópia de livro que, mesmo que com edição comercial esgotada, ainda esteja no prazo de proteção de direitos autorais”. No entanto, na visão destes autores, tais condutas “devem ser interpretados como cumprindo com a função (para que serve) dos direitos autorais dentro da sociedade. Como não existem direitos absolutos, o direito autoral não deve servir apenas para proteger o autor” (LEMOS, Ronaldo *et al. Direitos autorais em reforma*, cit., p. 26).

¹³ As funções do direito autoral são abordadas por Carlos Affonso Pereira de Souza, na Capítulo 2, de sua tese de doutorado apresentado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

O equilíbrio entre as diferentes funções desempenhadas pelos direitos autorais, além de encontrar estribo no artigo XXVII na Declaração Universal de Direitos Humanos, tem fundamento no art. 5º, XXVII da Constituição da República, que dispõe “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível os herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. O artigo 215 do mesmo diploma determina, por seu turno, que é atribuição do Estado assegurar “a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.¹⁴ Impõe-se, portanto, conciliar o direito de remuneração do autor com o direito fundamental de acesso à cultura e o acesso ao conhecimento. Esta missão passa, necessariamente, pela compreensão dos conceitos de função promocional e função social do direito autoral.

3.1. A função promocional e a função social do direito autoral

A função promocional do direito autoral concretiza-se no incentivo à produção intelectual através de dois mecanismos principais: a garantia de remuneração aos autores e a garantia de um direito moral sobre a obra criada. Não somente o propósito remuneratório ao autor é fomento à produção intelectual, mas também o direito de ter reconhecida a autoria da obra. Neste sentido expõe Carlos Affonso Pereira de Souza:

Poderia parecer, à primeira análise, que para a função promocional do direito autoral, ou seja, o estímulo à criação, apenas a exclusividade derivada da exploração dos direitos patrimoniais interessaria. Todavia, cumpre perceber que os direitos de natureza moral também contribuem para incentivar o autor a criar, pois esses direitos garantem, dentre outras prerrogativas, a integridade da obra e o reconhecimento de sua autoria.¹⁵

¹⁴ Reconhecendo este desafio, Ronaldo Lemos pontua que “em princípio, e em linhas gerais, os direitos autorais têm a nobre função de remunerar os autores pela sua produção intelectual. De contrário, os autores teriam que viver, em sua maioria, subsidiados pelo Estado, o que tornaria a produção cultural infinitamente mais difícil e injusta. Por outro lado, os direitos autorais não podem ser impeditivos ao desenvolvimento cultural e social. Conjugando os dois aspectos, numa economia capitalista, globalizada e, não bastasse, digital, é função árdua a que devemos, entretanto, nos dedicar” (LEMOS, Ronaldo *et al.* *Direitos autorais em reforma*, cit., p. XX).

¹⁵ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *O abuso do direito autoral*, cit., p. 132.

Ao lado da função promocional dos direitos autorais, convive a função social dos direitos autorais. O direito autoral, portanto, não se presta, somente, a estimular a criação dos autores. No direito autoral se encontra ínsito, também, sua função social: “a chamada função social do direito autoral tem como pressuposto o atendimento do direito coletivo de acesso ao conhecimento e à informação, o que de imediato relaciona essa função ao exercício de direitos fundamentais como o direito à informação, à educação e à cultura”.¹⁶ A função social da propriedade, por seu turno, tem fundamento de validade na Constituição da República, mormente nos artigos 5º XXII e art. 170 III, os quais servirão de bases para o desenvolvimento da função social do direito autoral¹⁷.

O “pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional”, preconizado no artigo 215 da Carta Maior, deve nortear o intérprete na análise do merecimento de tutela para as chamadas “obras protegíveis”¹⁸. O autor, ao exercer seu poder de tutela sobre suas obras e invocar os mecanismos de proteção disponíveis aos autores, deve orientar-se pela concretização da função social dos direitos autorais. Neste sentido:

A rigor, portanto, o esforço hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado.¹⁹

Pode-se concluir, portanto, que o intérprete e o legislador devem buscar o equilíbrio entre a concretização da função social e da função promocional dos direitos autorais, achando o meio termo entre a tutela dos interesses públicos e privados.

4. O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14)

¹⁶ Ibid., p. 170.

¹⁷ Carlos Affonso Pereira de Souza aponta uma vantagem e desvantagem no reconhecimento da função social do direito autoral. De um lado, “é vantajosa no sentido de que torna possível desenvolver uma interpretação que toma por base preceitos constitucionais para flexibilizar a proteção concedida ao autor. Por outro lado, ela traz uma desvantagem consistente no agravamento desse desequilíbrio, uma vez que afirma a natureza do direito autoral como um direito de propriedade outorgado ao autor, a seus representantes e herdeiros. Dessa forma, a defesa da função social da propriedade intelectual levaria a uma opção sobre as diversas teorias sobre a natureza do direito autoral, adotando-se aquela que é mais benéfica ao prisma da exploração da obra e menos benéfica ao papel desempenhado pelos interesses coletivos nessa tutela” (Ibid., p. 133).

¹⁸ Fazemos referência, aqui, ao rol exemplificativo do artigo 7º da Lei nº 9610/98 (Lei de Direitos Autorais), que descreve quais são as obras intelectuais protegidas no âmbito da lei.

¹⁹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, p. 28.

No afã de conter os vazamentos de dados do Governo Brasileiro levados à cabo por Edward Snowden, especificamente o vazamento de informações da presidente Dilma Rousseff repassadas para o governo norte-americano, o projeto de lei nº 2.160/2011 em trâmite na Câmara dos Deputados ganha relevância e força política no Congresso Brasileiro. Após ampla consulta popular²⁰, foi promulgado o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), como uma alternativa aos projetos de leis existentes para tão e somente criminalizar as condutas na rede²¹.

No diapasão de apresentar uma resposta internacional aos atos de espionagem praticados contra o governo Brasileiro, e ao mesmo tempo solucionar demandas internas relacionadas ao uso da internet, entra em vigor o Marco Civil que, na visão da doutrina, preenche a lacuna legislativa anterior de forma satisfatória²². Resta-nos analisar, neste breve ensaio, a normatização introduzida pelo Marco Civil da Internet para a responsabilização civil do provedor de conteúdo.

4.1. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo²³ e do provedor de aplicação da internet²⁴

Em uma síntese entre o que a jurisprudência e doutrina defendem antes e depois da entrada em vigor do Marco Civil, pode-se dizer que a responsabilidade civil dos provedores de aplicação na internet segue três entendimentos diferentes: **(i)** a não responsabilização do provedor em razão da conduta praticada pelos seus usuários, por

²⁰ De acordo com a exposição de motivos do Marco Civil da Internet, “uma discussão ampla foi realizada com a sociedade pela própria Internet, entre outubro de 2009 e maio de 2010, por meio de um blog hospedado na plataforma Cultura Digital (uma rede social mantida pelo Ministério da Cultura e pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa - RNP). Esse processo de participação popular resultou em mais de dois mil comentários diretos, incontáveis manifestações sobre o “#marcocivil” em ferramentas virtuais, como os microblogs Identi.ca e Twitter, além de dezenas de documentos institucionais, oriundos do Brasil e do exterior” (Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm>. Acessado em 20/06/2016).

²¹ O Marco Civil surge como alternativa à chamada “Lei Azeredo”, que tipificava diversas condutas da internet como crime. O nome faz alusão ao seu relator, Deputado Eduardo Azeredo (PSDB-MG).

²² Ronaldo Lemos destaca que “a situação pré-Marco Civil era de completa ausência de regulamentação civil da internet no país. Ao contrário do que alguns entusiastas libertários poderiam achar, a ausência de leis nesse âmbito não representa a vitória da liberdade e do *laissez-faire*. Ao contrário, a ausência de uma legislação que trate das questões civis da rede leva, ao contrário, a uma grande insegurança jurídica. Uma das razões é que juízes e tribunais, sem um padrão legal para a tomada de decisões sobre a rede, acabam decidindo de acordo com regras muitas vezes criadas ad hoc, ou de acordo com suas próprias convicções” (LEMOS, Ronaldo. O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão (Coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10).

²³ Por provedor de conteúdo, entende-se aqueles “que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web”, conforme definido no RESP 1316921, STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 26.06.2012.

²⁴ Por provedor de aplicação de internet, nos termos do art. 5º VII do Marco Civil, entende-se: “VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.

ser o servidor mero intermediário entre usuário e vítima; **(ii)** a responsabilidade civil objetiva do provedor, fundada no conceito de risco de atividade ou no defeito da prestação dos serviços e **(iii)** a responsabilidade civil subjetiva, subdividindo-se esta corrente entre aqueles que defendem a responsabilidade civil subjetiva decorrente da inércia após ciência do conteúdo ilegal e aqueles que defendem a responsabilização somente em caso de descumprimento de ordem judicial específica – sendo esta última a teoria adotada pelo Marco Civil.

Os defensores da primeira corrente entendem que os provedores de aplicação da internet seriam meros intermediários entre o causador do dano (o usuário da aplicação da internet) e a vítima. Nos casos onde aplicou-se esta corrente, os provedores de aplicação foram excluídos do polo passivo das demandas judiciais²⁵.

Importante, no âmbito da aplicação desta primeira corrente, destacar a experiência dos Estados Unidos que, em decorrência do artigo 230 (C) do Telecommunication Decency Act (CDA)²⁶ confere uma isenção de responsabilidade aos provedores de serviços pelas condutas de terceiros. Ocorre que o DMCA (Digital Millenium Copyright Act), em seu artigo 512 (d), faz uma ressalva ao referido artigo 230 do DCA, especialmente em relação à infração de Direitos Autorais, responsabilizando os provedores caso não retirem do ar o conteúdo apontado com infringente de direitos autorais. A doutrina aponta que estes elementos criam a cultura de não litigiosidade contra os provedores de conteúdo nos Estados Unidos.²⁷

Esta primeira corrente encontra-se superada, de acordo com Anderson Schreiber, de modo que o exame das decisões judiciais Brasileiras revelava uma firme marcha rumo à

²⁵ Neste sentido: “Apelações Cíveis. Responsabilidade Civil. Ação Indenizatória. *Ilegitimidade Passiva do Facebook*. Responsabilização civil do provedor de conteúdo na internet somente nas situações em que, devidamente notificado, deixa de remover a postagem ofensiva ou ilícita. *Os provedores de conteúdo na internet respondem civilmente por publicações em seus sítios eletrônicos apenas quando, devidamente notificados, deixam de remover as postagens ofensivas aos interessados*. (...). O usuário da rede social deve indenizar os danos causados à esfera extrapatrimonial do titular do direito personalíssimo violado. (...) APELO DO RÉU DESPROVIDO. RECURSO DA AUTORA PROVIDO EM PARTE” (TJRS, Apelação Cível n. 70061451191, 9ª C.C., Rel. Des. Miguel Ângelo da Silva, julg. em 29/10/2014). Vide, ainda TJPR, Apelação Cível n. 130075-8, julg. em 19.11.2002; TJRS, Agravo de Instrumento n. 7003035078, Rel. Des. Paulo Antonio Kretzmann, julg. em 22.11.2001.

²⁶ Assim redigido, em tradução livre: “(1) Tratamento como Divulgador ou Autor de Expressão: Nenhum provedor ou usuário de serviço interativo de computador deverá ser tratado como se divulgador ou autor fosse de qualquer informação disponibilizada por provedor de informações”.

²⁷ “Esses dois elementos ajudam a entender o motivo pelo qual a litigiosidade contra os provedores de serviços nos Estados Unidos não ter se desenvolvido como ocorrido no Brasil na última década: *os provedores não podem ser considerados como autores do conteúdo eventualmente infringente se eles apenas o exibem*” (SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão (Coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 796. Grifos nossos).

superação da tese da irresponsabilidade das sociedades empresariais proprietárias de redes sociais e sites de relacionamentos. Tais sociedades, segundo o autor, qualificavam-se como meras gestoras das redes sociais, no afã de buscar sua irresponsabilidade jurídica por violações.²⁸

Já a segunda corrente entende pela responsabilidade civil objetiva do provedor de serviços, com dois principais fundamentos: o risco inerente à atividade de provedor e a relação de consumo estabelecida entre o usuário e o provedor.

O risco inerente à atividade decorreria do art. 927 § único do Código Civil²⁹ foi por longo período e, marcadamente antes da entrada em vigor do Marco Civil, o fundamento utilizado pelos tribunais para determinar a responsabilidade do provedor.³⁰ Tal entendimento era dominante na jurisprudência do STJ.

Com o passar do tempo, a jurisprudência do STJ pacificou o entendimento em sentido contrário, entendendo pela inaplicabilidade do art. 927 § único do Código Civil aos provedores de conteúdo da internet. Neste sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. SITE DE RELACIONAMENTO. MENSAGENS OFENSIVAS. A responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC, não se aplica a empresa hospedeira de site de relacionamento no caso de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas por usuários. O entendimento pacificado da Turma é que o dano decorrente dessas mensagens não constitui risco

²⁸ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO; Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coords). *Direito & Internet*. Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 284.

²⁹ Neste sentido, v. STJ, Recurso Especial n. 1.308.830/RS, 3ª T., julg. em 8.05.2012; TJRJ, Apelação Cível n. 2009.001.14165, Rel. Des. Alexandre Câmara, julg. em 8.4.2009. Vide a redação do art. 927 do CC/02: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), 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”.

³⁰ Neste sentido, vide o trecho da sentença prolatada pelo TJSP “ (...) à ré cumpria como estabelecimento origem da emissão da mensagem ofensiva, e, portanto, fornecedora de serviço de emissão de dados via internet, já que posto a disposição de seus clientes, produzir a prova de que o fato ocorreu pelo uso de sistema internet sem fio, e poderia ser constatado por perícia local. No entanto, entendeu por bem dispensar essa prova, deixando de considerar que na hipótese vigora a responsabilidade civil objetiva consoante prevista no art.927, § único, do Código Civil, em razão do desenvolvimento de atividade que por sua natureza implique em risco para o direito de outro, caso em que ao autorizar o reconhecimento do dever de indenizar não assume relevo a conduta doloso ou culposa do agente já que basta a existência do dano e do nexu etiológico entre o fato e o dano. Nesse sentido, quem disponibiliza terminais de computadores ou rede sem fio para uso de internet assume o risco do uso indevido desse sistema para lesar direito de outrem, exemplo do que sucede no caso dos autos” (TJSP, processo nº 583.00.2006.243439-5, Juiz Ulysses de Oliveira Gonçalves Junior, julg. em 6.3.2008).

inerente à atividade dos provedores de conteúdo. A fiscalização prévia do teor das informações postadas pelo usuário não é atividade do administrador de rede social, portanto seu dever é retirar do ar, logo que for comunicado, o texto ou a imagem que possuem conteúdo ilícito, apenas podendo responder por sua omissão.³¹

Permite-se um a parte para que se lembre que o Superior Tribunal de Justiça mantém entendimento diverso quanto à responsabilidade civil do portal de notícias por comentários postados por internautas antes da vigência do Marco Civil. Entendeu o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp 1.352.053-AL, que não obstante a jurisprudência então pacífica quanto à ausência de responsabilidade dos provedores de conteúdo pelas mensagens postadas diretamente pelos usuários (REsp 1.338.214-MT, Terceira Turma, DJe 2/12/2013), entendeu o Min. que o portal de notícias teria como atividade primordial o fornecimento de informações, de modo que para estas sociedades “o controle do potencial ofensivo dos comentários não apenas é viável, como necessário, por ser atividade inerente ao objeto da empresa”. Neste sentido:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR OFENSAS PROFERIDAS POR INTERNAUTA E VEICULADAS EM PORTAL DE NOTÍCIAS. A sociedade empresária gestora de portal de notícias que disponibilize campo destinado a comentários de internautas terá responsabilidade solidária por comentários, postados nesse campo, que, mesmo relacionados à matéria jornalística veiculada, sejam ofensivos a terceiro e que tenham ocorrido antes da entrada em vigor do marco civil da internet (Lei 12.965/2014).³²

Em nosso entendimento, parece equivocada tal interpretação aplicada especialmente aos sites de notícias. Impor a estes sites a obrigação de controle prévio dos comentários é restringir a liberdade da rede e a liberdade de livre manifestação do pensamento (art. 5º IV da CR/88), de modo que se deve privilegiar pelos espaços abertos de debate na rede e a eventual responsabilidade civil recair sobre cada usuário³³.

³¹ STJ, Informativo nº 0460. Precedentes citados: REsp 1.186.616-MG, DJe 31.8.2011; REsp 1.175.675-RS, DJe 20.9.2011; REsp 1.306.066-MT, julg. em 17.4.2012.

³² STJ, REsp 1.352.053-AL, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julg. em 24.3.2015, DJe 30.3.2015.

³³ “Outro argumento contrário à imposição do dever de monitoramento (e consequentemente da responsabilização objetiva) pode ser encontrado na afirmação de que, ao impor a fiscalização sobre os conteúdos postados, estar-se-ia criando um verdadeiro instrumento de censura à liberdade de expressão” (SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), cit., p. 800).

Por último, e mais relevante para este estudo, a terceira corrente defende a responsabilidade civil subjetiva dos provedores, partindo-se em duas vertentes: (i) a responsabilidade pelo não atendimento de notificação extrajudicial e (ii) pelo descumprimento de ordem judicial específica, nos exatos termos do art. 19 do Marco Civil.

Antes da entrada em vigor do Marco Civil, a jurisprudência pacífica do STJ era no sentido de que “sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas em cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittend*”.³⁴ Esta posição anterior do Superior Tribunal de Justiça foi objeto, inclusive, de observação pelo Ministro Luis Felipe Salomão no inteiro teor do acórdão em exame neste artigo, que comenta a disparidade entre a jurisprudência dominante anterior do STJ (pela responsabilidade civil subjetiva diante da inércia após notificação extrajudicial) e o novo regramento introduzido pelo Marco Civil. O relator assim pontuou: “segundo a nova lei de regência a responsabilidade civil do provedor de internet consubstancia responsabilidade por dano decorrente de descumprimento de ordem judicial, *previsão que se distancia, em grande medida, da jurisprudência atual do STJ, a qual, para extrair a conduta ilícita do provedor, se contenta com a inércia após notificação extrajudicial*”.³⁵

Os críticos desta corrente alegam que (i) deixar que o provedor julgue se o conteúdo é adequado ou não criaria um empoderamento dos provedores, conforme aventado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça³⁶, (ii) haveria um alto grau de subjetividade que o provedor de conteúdo poderia conferir aos critérios de retirada dos conteúdos, “colocando em xeque a diversidade e o grau de inovação na internet”³⁷e (iii) retirada da apreciação do poder judiciário da justeza ou não de determinada violação.

Por derradeiro, e o que mais nos interessa por ora, a responsabilidade civil dos provedores de aplicações na internet no âmbito do Marco Civil é regulada pelo artigo 19, que em apertada síntese, responsabiliza o provedor de aplicação por danos

³⁴ STJ, REsp 1193764/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 14.12.2010. Vide, ainda: STJ, Agr. Reg. em REsp 1309891/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. em 26.6.2012.

³⁵ STJ, REsp 1.512.647-MG, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, grifos nossos.

³⁶ STJ, REsp 1316921/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 26.6.2012.

³⁷ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Pág. 803.

decorrentes de conteúdo gerado por terceiros somente se descumprir ordem judicial específica e somente nos limites técnicos de seu serviço.³⁸

4.2. A responsabilidade civil do provedor de conteúdo por direitos autorais no Marco Civil

Com visto acima, o art. 19 do Marco Civil traz a regra da responsabilidade civil do provedor de conteúdo gerado por terceiros somente por descumprimento de ordem judicial específica, cabendo-nos aqui tecer severas críticas a este mecanismo adotado pelo legislador. A busca pelo poder judiciário deixa de ser uma faculdade na tutela dos direitos da personalidade violados na internet, passando a ser uma obrigação do lesado caso queira invocar a responsabilidade civil do provedor. Em nome de uma liberdade irrestrita na rede, como quase um supra-valor constitucional que goze de status jurídico irrestrito e diferenciado, a necessidade de ordem judicial específica contida no Marco Civil “golpeia de morte toda a inspiração do notice and takedown”, de modo que “o art. 19 é inteiramente inútil pela simples razão de que a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário sempre existiu no direito brasileiro e o descumprimento de ordem judicial, independente de qualquer consideração sobre a responsabilidade civil, configura crime de desobediência”³⁹.

O Marco Civil traz, entretanto, duas exceções a este regime: os casos de pornografia de vingança, previstos no artigo 21 e que não analisaremos por ora, e os casos de Direitos Autorais. Ao tratar da tutela dos Direitos Autorais na internet, o Marco Civil assim dispõe:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

³⁸ Não obstante as severas críticas que temos ao artigo 19 do Marco Civil, não trataremos nesta oportunidade das vicissitudes deste dispositivo legal. Vide, por todos, o artigo de Anderson Schreiber, Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado de conteúdo gerado por terceiro, cit., *passim*.

³⁹ SCHREIBER, Anderson, cit., p. 290.

§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.

Destaque-se, ainda, a regra de direito intertemporal prevista no art. 31 do mesmo diploma legal ao referir-se ao art. 19 §2º:

Art. 31. 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.

Nota-se, à luz dos arts. 19 §2º e art 31, ambos do Marco Civil, que o legislador optou por remeter a matéria para à Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98). Esta opção legislativa deu-se, principalmente, “decorrente de uma demanda constate, em especial das empresas de rádio e televisão, para que o regime do Marco Civil não modificasse a prática estabelecida do envio de notificações para a remoção de conteúdo autoral”.⁴⁰ A aplicabilidade do Marco Civil para a tutela dos Direitos Autorais depende, portanto, da edição de regulamentação superveniente.

Em 11 de maio de 2016, foi editado o Decreto nº 8.771/16 para regulamentar o Marco Civil da Internet. Tal decreto abordou a discriminação de pacotes de dados na internet, proteção de dados pessoais e cadastrais, omitindo-se acerca da regulamentação de que trata o art. 19 §2º do Marco Civil. Em razão da lacuna legislativa, cumpre-nos, agora, analisar como a jurisprudência tem se comportado em relação à aplicabilidade do Marco Civil na tutela de violações de direitos autorais na internet.

4.3. A aplicação do Marco Civil no REsp. 1.512.647-MG/STJ na tutela dos direitos autorais

⁴⁰ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), cit., p. 813.

Feitas as considerações sobre a função dos direitos autorais e como a doutrina se posiciona acerca da Responsabilidade Civil do Provedor antes e pós a entrada em vigor do marco civil da internet, importa, agora, analisar como a jurisprudência posicionou-se no REsp nº 1.512.647-MG, onde Google e Botelho Ltda discutem a responsabilidade civil por anúncios de cursos jurídicos pirateados em comunidades do *Orkut*.

Em primeira instância, o juízo sentenciante asseverou que deveria ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva. Destacou o magistrado que no caso em tela a Botelho Ltda havia notificado a Google extrajudicialmente por duas vezes, de modo que “só deve responsabilizar o requerido, por violação do direito autoral, depois de devidamente provocado pelo interessado e nada fazendo para eliminar a ilicitude”. Destacou, ainda, que “houve notificação prévia para a requerida (...). Portanto, caracterizado o ato ilícito, no mínimo culposo, da requerida, consistente em sua inércia, bem como o nexo causal entre essa conduta e o possível dano, adiante analisado”.

Em segunda instância, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais manteve a sentença entendendo pela aplicabilidade da responsabilidade civil subjetiva da Google por ter ela sido notificada pela Botelho Ltda e ter se mantido inerte e não ter retirado do ar o conteúdo apontado como lesivo. Assim foi ementado o acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. DIVULGAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE OBRA SEM AUTORIZAÇÃO EM SITE DE RELACIONAMENTOS. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. DANOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA PELO OFENDIDO QUANTO AO ILÍCITO, RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DO SITE DE RELACIONAMENTOS RECONHECIDA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE INDICAÇÃO PELO OFENDIDO DAS URL'S DAS PÁGINAS. *O provedor de internet, administrador do site de relacionamentos, ao permitir a criação de comunidades e perfis, bem como a divulgação de informações e comercialização de produtos e serviços, responde pelos danos causados a usuários ou terceiros, quando previamente comunicado pelo ofendido quanto aos ilícitos praticados por usuários e não toma qualquer providência, como ocorreu na hipótese. Não havendo provas da configuração de um legítimo dano moral, com o efetivo abalo da reputação da empresa ofendida e o conseqüente prejuízo comercial, indevida é a indenização pretendida a esse título. Comprovados os danos materiais suportados pela empresa ofendida, decorrentes da venda ilícita de sua obra, deve ser o provedor de internet*

condenado na reparação respectiva, assim como deve ser condenado na obrigação de fazer concernente à retirada dos conteúdos lesivos dos sítios por ele administrados, independentemente da indicação pelo ofendido dos IP's e URL's das páginas, na medida em que tais dados devem ser registrados pelo próprio provedor/administrador (fl. 536).⁴¹

Em síntese, o juízo de primeira e segunda instância assentaram que **(i)** a responsabilidade civil do provedor de conteúdo por violação de Direito Autoral por fato cometido antes da vigência do Marco Civil seria subjetiva e **(ii)** a inércia do provedor após ser notificado extrajudicialmente é determinante para a responsabilidade civil pela violação de direitos autorais⁴².

Em sede de Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela inexistência de responsabilidade civil da Google pelos fundamentos a seguir analisados. Importante, *ab initio*, destacar que o fato sob judice ocorreu antes da entrada em vigor do Marco Civil da internet mas, não obstante este fato, o Min. Luis Felipe Salomão aplicou o Marco Civil *in casu*, sob a seguinte justificativa:

No caso concreto, muito embora a controvérsia tenha nascido antes da disciplina legal acerca do tema, penso que seria adequado aplicar, no que couber, as diretrizes apresentadas pela nova legislação, para que esta Casa possa exercer melhor seu profícuo papel de uniformizador da jurisprudência pátria, oferecendo aos demais órgãos do Poder Judiciário – e, de resto, à sociedade – entendimento jurídico atual, que possa ser aplicado mesmo diante da nova disciplina legislativa.

O STJ entendeu que “deveria ser afastada a responsabilidade civil da Google essencialmente por duas razões (a) a estrutura da rede social em questão – *Orkut* – e a postura do provedor não contribuíram decisivamente para a violação de direitos autorais; (b) não se vislumbram danos materiais que possam ser imputados à inércia do provedor de internet”.

⁴¹ Grifos nossos.

⁴² Neste sentido, como já dito aqui, vinha afirmando-se a jurisprudência do STJ antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, especificamente no REsp 1501187/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, 4^a T., julg. em 16.12.2014, DJe 19.12.2014; REsp 1337990/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3^a T., julg. em 21.08.2014, DJe de 30.09.2014.

Ora, como disposto acima, deve ser levada em conta a exceção de direito intertemporal trazida pelo Marco Civil nos artigos 19 §2º e art. 31 do Marco Civil, sendo claro que o sistema de exigências de decisão judicial específica se aplicará tão e somente após a regulamentação do art. 19 §2º do Marco Civil – o que não ocorreu. A leitura do voto em estudo nos revela que a Google foi notificada extrajudicialmente para a retirada dos conteúdos apontados como ilícito do ar, e mesmo assim não os removeu. Optou o Superior Tribunal de Justiça por, expressamente, aplicar o Marco Civil a fato expressamente ocorrido antes de sua vigência, sob a justificativa acima transcrita de “papel de uniformizador da jurisprudência pátria”.

Com a devida vênia ao Superior Tribunal de Justiça, parece-nos que andaram bem o juízo sentenciante de primeira instância e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao condenar a Google pela postura desidiosa em não se retirar do ar, no *Orkut*, o material apontado como ilegal, mesmo após notificações extrajudiciais expressas. Não podemos, sob o argumento de defender-se a liberdade irrestrita na rede e sob o temor de censura, entender como razoável que o direito de terceiro seja violado com a contribuição ainda que indireta do provedor de conteúdo sem que o lesado possa invocar o instituto da responsabilidade civil.

Por estes argumentos, portanto, conclui-se que para o fato analisado nos autos do REsp 1.512.647-MG/STJ não deve ser aplicada a exigência de ordem judicial específica, devendo prevalecer a jurisprudência anterior do STJ de responsabilidade civil subjetiva do provedor de conteúdo na internet pela inércia em não remover o conteúdo quanto notificada – mormente por o fato ter ocorrido anterior à vigência do Marco Civil da Internet.

Outro argumento que Eminentíssimo Ministro relatou em seu voto para afastar a responsabilidade civil da Google foi que “em se tratando de provedor de internet comum, como os administradores de rede social, não é óbvia a inserção de sua conduta regular em algum dos verbos constantes nos arts. 102 a 104 da Lei de Direitos Autorais”. Cabe-nos, aqui, divergir quanto ao esforço de subsunção do julgador quanto aos verbos constantes do art. 104 da Lei de Direitos Autorais (“vender”, “expuser a venda”, “ocultar”, “adquirir”, “distribuir”, “tiver em depósito” etc). Pietro Perlingieri, ao tecer sua crítica ao esforço da subsunção, pontua que:

A ampliação da noção de direito positivo e a sua abertura para noções e valores não literalmente e não explicitamente subsuntos nos textos jurídicos permite a superação da técnica

da subsunção e a prospectação mais realística da relação dialética e de integração fato-norma, em uma acepção unitária da realidade.⁴³

O intérprete, ao analisar as condutas descritas no art. 104 da Lei de Direitos Autorais para fins de determinação da responsabilidade civil do provedor de internet por violações de direitos autorais, deve empreender o esforço de analisar o contexto fático em que a violação está inserida e de que modo o provedor atuou para contribuir ou para cessar a violação do direito autoral apontado. Como bem apontado pelo juízo de primeiro grau e confirmado em sede de apelação pelo TJMG, o fato de a Google manter-se inerte após a notificação extrajudicial enviada pela Botelho Ltda deve levar à conclusão inevitável de que esta praticou ou contribuiu de forma relevante para a prática de alguma das condutas mencionadas no art. 104 da Lei de Direitos Autorais.

O i. julgador assentou em voto que “fica claro que a Google não violou diretamente direitos autorais, seja editando, contrafazendo ou distribuindo obras protegidas, seja praticando quaisquer dos verbos previstos nos arts. 102 a 104 da Lei n. 9.610/1998”, aduzindo, ainda, que “a rede social em questão não tinha como traço fundamental o compartilhamento de obras, prática que poderia ensejar a distribuição ilegal de criações protegidas”. Em nossa visão, ainda que o *Orkut* não tivesse a opção de download desse material protegido, é evidente que o *Orkut*, ao permitir que os anúncios dos cursos pirata permanecessem em suas páginas, contribuiu efetiva e significativamente para que a venda – em outro canal online – continuasse. Não é crível admitir que o provedor tenha mantido os anúncios em sua rede social, mesmo depois de ser notificada, e concluir-se que o *Orkut* não contribuiu em nada para a prática dos atos de pirataria. Não nos parece, salvo melhor juízo, ser este o melhor entendimento⁴⁴.

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 69.

⁴⁴ O eminente Ministro Luís Felipe Salomão faz o seguinte paralelo: “No fundo, penso que responsabilizar o provedor de internet, nesses casos, seria como, *mutatis mutandis*, responsabilizar os Correios por crimes praticados a partir dos escritos contidos nas correspondências provadas, o que soa absurdo a toda evidência”. Tal comparação nos parece uma analogia falaciosa. Isto porque o Google, por meio de notificação extrajudicial, teve ciência de que em sua rede estava sendo comercializado material indevido, diferente dos Correios que desconhece, neste exemplo, o teor da referida carta. A notificação extrajudicial é o marco fático essencial para a aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva pelo juízo de primeira instância e pelo TJMG. Apropriando-se do mesmo exemplo citado pelo E. Ministro, se os Correios soubessem estar transportando quilos de drogas e armas, e continuasse a realizar a mesma atividade mesmo que soubesse do teor do material transportado, não deveria ele ser responsabilizado?

Repise-se que o próprio Marco Civil traz, nos artigos 19§2º e artigo 31, a ressalva expressa quanto à necessidade de ordem judicial específica para a retirada de conteúdos apontados como ilegais quando tratar-se de infrações à Direitos Autorais, de modo que não se pode exigir, para a responsabilidade civil do Google *in casu*, que se tenha ordem judicial específica.

5. Conclusão e uma saída

Vimos que a despatrimonialização do Direito Civil impõe uma releitura dos institutos do Direito Privado a partir da axiologia introduzida no ápice do sistema jurídico pela Constituição da República. No contexto de ressignificação dos institutos do direito civil, os Direitos Autorais também são relidos pela ótica constitucional.⁴⁵ É dizer que pela ótica que passam a ser vistos, eles desempenham não só a função de remuneração dos autores, mas primordialmente exercem a função de garantir o acesso a todos à educação, ao progresso tecnológico e ao desenvolvimento da educação, ciência e cultura.

Nesse contexto, devem conviver harmoniosamente as funções distintas dos direitos autorais: a promocional, consubstanciada na remuneração dos autores e na garantia de reivindicar sua autoria a qualquer tempo, e a social, assegurando o acesso de todos os cidadãos ao conhecimento.

A entrada em vigor do Marco Civil da Internet, na era da sociedade da informação, visa fornecer as balizas protetivas mínimas para os operadores da internet, com a missão de contrapor interesses de usuários, provedores de conteúdo e multioperadores da rede, com interesses diversos e, não raramente, frontalmente divergentes. No âmbito dos direitos autorais, procuramos aqui responder a seguinte pergunta: a entrada em vigor do Marco Civil da Internet trouxe mecanismos jurídicos eficazes para a proteção de violações de direitos autorais na internet? Nossa resposta, após o aqui exposto, não poderia ser outra senão a negativa.

O Marco Civil da Internet não aborda a proteção dos direitos autorais, por previsão expressa do art. 19 §2º e do art. 31, remetendo a matéria para a legislação em vigor de

⁴⁵ Vide, por todos, a lição de Maria Celina Bodin de Moraes acerca da primazia da Constituição no sistema jurídico: “É preciso avaliar sistematicamente a mudança, ressaltando que, se a normativa constitucional se encontra no ápice do ordenamento jurídico, os princípios nela presente se tornaram, em consequência, as normas-diretivas, ou as normas-princípio, para a reconstrução do direito privado” (Perspectivas a partir do direito civil-constitucional, cit., p. 46).

Direitos Autorais, perdendo a rica oportunidade de fazer com que o Direito acompanhasse o progresso tecnológico e trouxesse mecanismos rápidos e eficazes de combate às violações, como o sistema de *notice and takedown* vigente nos Estados Unidos pelas vias do *Digital Millenium Copyright Act*.⁴⁶

A crítica ao sistema de *notice and takedown*, prevista pela expressa dicção do artigo 19 do Marco Civil, qual seja, “com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, nos traz a indagação se a liberdade de expressão é um direito absoluto, que goza de status constitucional diferenciado do direito fundamental à proteção dos direitos autorais (art. 5º, XVII da CR/88), do direito à proteção da honra de vítimas de violações na internet, à dignidade e outros direitos também de status constitucional. Parece-nos que não: a liberdade de expressão e a vedação à censura não são irrestritos ou direitos absolutos, de modo que o provedor de conteúdo na internet deve ser responsabilizado em caso de inércia após notificado extrajudicialmente (e não somente pela via judicial sempre morosa, custosa e incompatível com a rapidez da internet) pela violação de direitos autorais e/ou violação de direitos da personalidade que não somente aqueles listados no art. 21 do Marco Civil.⁴⁷

Uma possível alternativa para este cenário, ou ao menos para a tutela dos direitos da personalidade, parece-nos aquela apontada por Anderson Schreiber: a interpretação conforme do art. 5º X da Carta da República e do art. 21 do Marco Civil da Internet, que nos levará à conclusão pela desnecessidade de notificação judicial.⁴⁸ Ora, se a tutela da intimidade sexual do indivíduo pode ser invocada através de mera notificação, não há razão que vede que a proteção dos demais atributos da dignidade humana e dos direitos autorais, que gozam de mesmo patamar constitucional do direito à intimidade e honra, pelos mesmos mecanismos: a notificação extrajudicial.

⁴⁶ Anderson Schreiber pontua que o sistema de *notice and takedown* nasce no campo do direito autoral “para criar uma espécie de exceção à responsabilidade por violação de direitos autorais na internet, assegurando a imunidade aos provedores que atendessem prontamente à notificação do ofendido para a retirada do material impróprio”. Em nossa visão, e comungando com o pensamento do autor, a adoção deste sistema no Brasil contribuiria para um ambiente virtual mais sadio, respeitador dos direitos fundamentais do ser humano, sem a necessidade de impor à vítima o recurso ao Poder Judiciário, que, além de custoso, requer tempo incompatível com a rápida difusão do conteúdo ofensivo pelo mundo virtual (SCHREIBER, Anderson, cit., pp. 287-288).

⁴⁷ “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”.

⁴⁸ A hipótese (“Uma proposta de salvação: interpretação conforme art. 5º X, da Constituição da República. Exegese do art. 21 do Marco Civil da Internet. Identidade de fundamento. Desnecessidade de notificação judicial”) é tratada por SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro, cit., pp. 295-300.

Defende Schreiber, com acerto, que a salvação para aplicação do artigo 19 é a interpretação conforme a Constituição da República, dispensando a ordem judicial específica, contentando-se com a mera notificação sempre que o conteúdo veiculado lese direitos da personalidade ou, se acordo com nossa conclusão, sempre que lese direitos da personalidade e qualquer outro direito que tenha patamar constitucional.

6. Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Editora Manole, 2007.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, nº 65, jul-set. 1993.

_____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Processo, 2016. 1ª reimpressão. 494p.

LEMOS, Ronaldo. O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão (Coords.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

LEMOS, Ronaldo *et al.* *Direitos autorais em reforma*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Tecnologia e Sociedade, 2011.

LEMOS, Ronaldo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; BRANCO, Sérgio. Responsabilidade civil na Internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e a norte-americana. *Revista de Direito das Comunicações*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-jun./2010.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da informática*. Coimbra: Almedina, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

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

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Direitos Autorais, Desenvolvimento Tecnológico e Responsabilidade Civil*. *Revista Semestral de Direito Empresarial*, v. 7, 2010.

_____. *O abuso do direito autoral*. 20 de março de 2009. 321 págs. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Tese de Doutorado.

_____. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos da lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEMOS, Ronaldo; LEITE, George Salomão (Coords). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

Como citar: QUEIROZ, João Quinelato de. Aplicabilidade do Marco Civil da Internet na responsabilidade civil por uso indevido de conteúdo protegido por direitos autorais na internet. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/aplicabilidade-do-marco-civil-da-internet/>>. Data de acesso.