

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET E A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES

VENDRAME, Vanessa Riedi¹
SOUZA, Ieda Maria Berger²

RESUMO:

O presente trabalho trata do direito ao esquecimento, baseado principalmente nos direitos da personalidade e da proteção a privacidade em confronto com a liberdade de informação e manifestação do pensamento, elencados pela Constituição Federal. O direito ao esquecimento vislumbra-se de maneira mais específica com o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, o qual incluiu tal direito na tutela da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o trabalho objetiva o estudo do direito ao esquecimento no âmbito da internet, cujas informações propagam-se instantaneamente e a nível global, devendo para tanto, estudar o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e analisar a responsabilidade civil dos provedores de aplicações, explanando também, jurisprudências sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao esquecimento digital, responsabilidade civil, provedores de aplicações.

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN ON THE INTERNET AND THE QUESTION OF CIVIL LIABILITY OF APPLICATION PROVIDERS

ABSTRACT:

The present paper deals with the right to be forgotten, based mainly on the rights of the personality and the protection of the privacy in comparison with the freedom of information and manifestation of the thought, listed by the Federal Constitution. The right to be forgotten is seen in a more specific way with Statement 531 of the VI Journey of Civil Law, which included such right in the protection of the dignity of the human person. In this sense, the objective of this study is the survey of the right to be forgotten in the internet, whose information is instantaneously and globally, having to study the Internet Civil Law (Law 12.965 / 2014) and analyze civil liability of application providers, also explaining jurisprudence on the subject.

KEYWORDS: Right to be forgotten on the internet, civil liability, application providers.

1 INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que, em razão do surgimento da Constituição Federal de 1988, alguns direitos e garantias foram elencados como fundamentais, abarcando extrema proteção e aplicabilidade pelo

¹Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário FAG, vanessa_vendrame@hotmail.com

²Docente orientadora do curso de Direito do Centro Universitário FAG, ieda@becadvocacia.adv.br

Estado; dentre eles: o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, elencados no art. 5º, X, foram tidos como invioláveis, assegurando ao lesado direito à indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação. De outro modo, a Carta Magna dispõe a liberdade de informação e manifestação do pensamento em seus artigos 5º, IV, XIV e 220.

O direito ao esquecimento, definido como o direito que o usuário possui de não ver uma informação sua exibida na rede, ainda que verídica, de modo a causar-lhe sofrimento, surge em um contexto de conflito entre direitos e garantias fundamentais, principalmente no que tange a privacidade, liberdade de informação e expressão, somados a expansão exacerbada da internet, conceituada como uma das principais formas de comunicação entre as pessoas, inclusive em âmbito mundial.

Uma vez abordada a relevância da internet, o direito ao esquecimento se destaca nesse meio, haja vista que os conteúdos publicados são de fácil propagação e o processo de retirada é dificultoso. Cada vez mais é necessário proteger a dignidade da pessoa humana, bem como sua privacidade; nesse sentido, o papel do “esquecimento” é determinante, ou seja, uma pessoa que foi punida ou realizou algum erro no passado, não pode ser perseguida para o resto da vida, priorizando a não memorização de fatos passados que ensejam desconforto a pessoa lesada.

O tema em questão foi escolhido diante da atualidade e recorrência no Judiciário, uma vez que o Direito possui a premissa da adaptação em decorrência da evolução da sociedade, principalmente, quando se trata do direito digital, o qual vem se destacando nas lides. É sabido que a internet possui grande influência e utilidade em nossos meios, contudo, em que pese tamanhas facilidades, a mesma pode ser utilizada como ferramenta para exposição de conteúdos inadequados e ofensivos.

Harmonizar os direitos fundamentais expostos, os quais não são tidos como absolutos, como inseri-los no meio virtual, exposto a inúmeras mudanças, é uma das tarefas mais árduas, principalmente quando abrange um dos direitos mais intrínsecos do ser humano, ou seja, a privacidade, contraposta com os limites da internet, resultando também no campo da responsabilidade civil.

Em abril de 2014, o Brasil sancionou a Lei 12.965/2014, regulamentada pelo Decreto 8.771/2016, que ficou conhecida como Marco Civil da Internet. Nesse sentido, o Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil incluiu o Direito ao Esquecimento na tutela da dignidade da pessoa

humana. Diante da falta de uma legislação específica sobre o tema, em que pese tais tentativas, surgiram as primeiras lides demandando o direito ao esquecimento, momento em que observamos a divergência entre os tribunais.

Ademais, com o direito ao esquecimento na pauta das decisões do Judiciário, muito se discute sobre temas abarcados no contexto, como a responsabilidade civil dos provedores de aplicações por fatos publicados por terceiros, a qual possui menção na Lei do Marco Civil da Internet e alvo de diversas críticas por doutrina.

Nessa perspectiva, deve-se estudar o direito ao esquecimento no âmbito da sociedade digital, bem como quais seriam as formas de responsabilidade pelos provedores de aplicações, isso representa um avanço para a comunidade jurídica, essencialmente devido ao fato da escassez de matéria sobre o assunto e a recorrência dos casos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1. CONCEITO DE DIREITO AO ESQUECIMENTO

Em um primeiro momento, Martinez (2014, p. 83) conceitua o direito ao esquecimento como, "[...] o direito ao esquecimento objetiva a proteção de dados pretéritos, ou seja, a rememoração indevida de fatos passados e consolidados, que já não tenham qualquer utilidade (interesse público) ou atualidade".

Nesse sentido, Schreiber (2014) ressalta que se o indivíduo tem o direito de monitorar seus dados pessoais, também surge o direito de impossibilitar que esses mesmos dados sejam publicados de maneira desconfortável ao usuário, invocando o direito ao esquecimento.

Na visão de Chehab (2015) o direito ao esquecimento consiste na escolha que a pessoa possui de ver um dado ou fato referente a si apagado, diante do passar do tempo ou então porque viola um direito fundamental. Tal direito figuraria como uma espécie de caducidade, que em virtude do tempo ou da relação com os direitos fundamentais referentes à personalidade, deveriam perecer.

Para Schreiber:

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam na rede ali permanecem indefinitivamente. Pior: dados pretéritos vem à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito a relembrar fatos antigos. De outro,

embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito (SCREIBER, 2014, p.172).

Quando se trata das relações jurídicas ligadas à tecnologia, Doneda (2006) explica que a tentativa de padronização pelo direito evidencia situações de risco. Assim, o operador do direito deve considerar as novas variáveis, as quais devem refletir na adaptação dos modelos para essa nova realidade.

Ainda segundo Chehab (2015), o direito ao esquecimento se relaciona diretamente com o conceito de privacidade, uma vez que permite a pessoa que se guarde na sua intimidade, como também no anonimato. Fatos e dados passados que pertencem as pessoas são atingidos, de forma que o bem-estar pessoal não se trata somente das conquistas e satisfações, como também pelo esquecimento de situações não desejadas do passado, as quais atingem diretamente o ofendido.

Sobre os ensinamentos de Martinez (2014) a noção de esquecimento é relacionada a forma de superar o passado, de reabilitação, evitando assim, que o direito a privacidade, intimidade, honra e nome, sejam atingidos por fatos já consagrados no tempo.

Por fim, o tema em questão gera muitos debates, como nas palavras de Jade (2014), o direito ao esquecimento cria discussão em diversos países, justamente por tratar de liberdade de expressão, acesso à informação e privacidade.

2.1.1 Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil

O direito ao esquecimento ergue-se de maneira mais específica no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual dispõe que: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, tal como sua justificativa decorre de que os danos surgidos pelas tecnologias e pelos meios de informação se tornam cada vez mais recorrentes. A origem do direito ao esquecimento vem do direito penal, de modo que os que já cumpriram sua pena possuem direito de serem inseridos novamente na sociedade (CJF, 2013).

Além do mais, ainda segundo a justificativa do Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o direito ao esquecimento não significa o poder que o indivíduo

possui de reescrever os fatos de sua vida ou de apagá-los, mas a oportunidade de retomar alguns fatos passados, analisando qual a abordagem que lhes é dado e sua função (CJF, 2013).

Para Martinez (2014, p. 89) "O Enunciado em tela, portanto, traz importante contribuição ao chamar a atenção para a necessidade de se pensar no direito ao esquecimento como caminho para preservação de uma memória social coletiva, atenta aos direitos fundamentais do ser humano".

2.2. CONFLITO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

De acordo com o artigo 5º, X, da Constituição Federal, a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas são invioláveis, e caso haja alguma violação, decorre o direito a indenização por dano material ou moral (BRASIL, 1988).

Silva (2013, p. 208) entende que "[...] a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela".

O Código Civil remeteu à ideia de privacidade como um dos direitos à personalidade em seu artigo 21: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma" (BRASIL, 2002).

Para Stolze e Pamplona (2013), a vida privada é vista como a vida particular da pessoa e, dentre suas ocorrências, está o direito à intimidade. Por outro lado, Schreiber (2014) leciona que a privacidade, como um dos direitos da personalidade, por vezes cede espaço a outros direitos que também merecem tutela jurídica, devendo analisar o caso concreto. Para esse autor, o diploma Civil falhou em trazer a vida privada como inviolável.

Além disso, eis que, conforme descrito por Doneda (2006), utiliza-se o termo privacidade por ser mais conveniente, remetendo às expressões intimidade e vida privada.

De outro modo, as liberdades de informação e de manifestação do pensamento passam também a ser abordadas. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XIV, dispõe que "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional", tratando da liberdade de informação (BRASIL, 1998).

Nesse contexto:

Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art.5º, XIV) (SILVA, 2013, p. 248).

A liberdade de manifestação do pensamento está disposta no artigo 5º, IV da Constituição Federal: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" e no artigo 220 do mesmo Diploma Legal: "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" (BRASIL, 1998).

Ainda assim, Martinez (2014) consagra que, se há conflito entre direitos fundamentais, não há que se falar em predomínio de um sobre o outro. O direito à informação somente irá se sobressair sobre a proteção da memória individual, se a notícia configurar interesse público. Ademais, anota que o direito à informação vigora como padrão na sociedade atual, entretanto, a informação pretérita perde espaço com o passar do tempo, tornando-se insignificante, de modo que o direito ao esquecimento se evidencia com maior nitidez.

2.3. HISTÓRICO E CASOS PRECEDENTES

O direito ao esquecimento na internet já foi consagrado União Europeia, de modo que, conforme consagra Pinheiro (2016), o usuário possui o direito de requerer ao próprio servidor para que retire conteúdos não aceitos pela pessoa, quando também em decisão do Tribunal de Justiça foi decidido que o Google pode ser acionado para filtrar informações sobre certa pessoa.

Ainda conforme a mesma autora, para o tribunal europeu, o direito ao esquecimento visado não se limita somente a informações ilícitas, bastando que haja violação da vida privada da pessoa. Nesse sentido, o direito individual é priorizado em relação ao direito de informação, ressalvado o caso do ofendido se tratar de figura pública.

O Direito ao Esquecimento no Brasil, ainda que sem legislação específica, vem sendo incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, de sorte que o STJ já julgou alguns casos emblemáticos que abordaram esse tema, o primeiro denominado como Chacina da Candelária (STJ, Resp. nº 1.334.097-RJ, 2013), e o outro, caso da Aída Curi (STJ, Resp. nº 1.335.153-RJ, 2013).

No entendimento de Paiva (2014), nos dois casos mencionados, o Ministro Relator, Luis Felipe Salomão, abordou a necessidade de haver ligação dos fatos com o interesse público e de este ser atual, ou seja, se houver interesse geral na divulgação da notícia, não poderá ser aplicado o direito ao esquecimento, caso contrário, no caso de não haver interesse público e atual, a parte lesada poderá arguir o direito ao esquecimento.

2.4. LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET

Na tentativa de regulamentar o uso da internet, o Brasil sancionou o Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014), a qual aborda em dois princípios a garantia da liberdade de expressão e a proteção da privacidade. Veja-se: "Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade" (BRASIL, 2014). A referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 8.771/2016, publicado pela presidente Dilma Rousseff.

Nas palavras de Martinez:

O Marco Civil da Internet (MCI) tem ligação direta com o objeto do estudo, já que, como antes afirmado, apesar de não ser um direito exclusivamente oponível no mundo virtual, pode-se dizer que o direito ao esquecimento tem seu âmbito maior de atuação junto a Internet, em função da facilitação com que os meios eletrônicos e tecnológicos divulgam e disseminam a informação pretérita, lesando interesses individuais, sem qualquer utilidade prática social que justifique tal violação a direito fundamental (MARTINEZ, 2014, p. 134).

Ao analisar a Lei do Marco Civil da Internet, sancionada em abril de 2014, Jade (2014) explica que esta foi elaborada com o intuito de elencar os direitos civis do usuário da internet. Para a autora, a referida lei não trata especificamente sobre o direito ao esquecimento, contudo, menciona sobre a retirada de conteúdos da internet, a qual deve ser realizada perante Justiça, dependendo do caso em tela.

Segundo Barreto e Brasil (2016) as ideias principais da Lei foram a preservação e o respeito à liberdade de expressão asseguradas constitucionalmente, destacando-se conteúdos democráticos para o uso responsável da rede.

2.5. RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente, de acordo com Cavalieri (2014) somente podemos observar a responsabilidade civil quando houver dano e a violação de um dever jurídico. Nesse diapasão, havendo violação de um dever jurídico preexistente, é responsável por reparar o prejuízo àquele que descumpriu tal obrigação. A conclusão é que, uma vez violado um dever jurídico originário, causando assim prejuízo a outra pessoa, tal conduta humana é a fonte que gera a responsabilidade civil.

Gonçalves (2013) ainda consagra que o artigo 186 do Código Civil trata da premissa de que toda pessoa que causa algum dano à outra, deve ser obrigada a repará-lo. Assim, destacam-se quatro elementos da responsabilidade civil: dano; relação de causalidade; ação ou omissão e culpa ou dolo. Conforme a teoria subjetiva, a vítima precisa comprovar culpa ou dolo para comprovação da responsabilidade. Por outro viés, em virtude da dificuldade da prova do dolo ou culpa, na responsabilidade objetiva não é necessária a demonstração desses.

Sobre a função da responsabilidade civil, Stolze e Pamplona (2013) destacam que a primeira função da responsabilidade civil é o retorno das coisas ao status *quo ante*, ou seja, repor o bem perdido ou quando não for possível, determina-se o pagamento de um valor indenizatório. A segunda função seria considerada como uma forma de punição ao ofensor, não sendo essa a finalidade originária, contudo, impõe-se como uma medida de cautela para que o ofensor não lesione novamente.

O Código Civil de 2002 consagra a cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva no artigo 927, caput, mencionando que aquele que cometer ato ilícito, previsto no artigo 186 e 187 do mesmo diploma legal, causar dano a outro, fica obrigado a reparar o dano. Já o caput do mesmo artigo dispõe que há casos em que haverá reparação do dano, mesmo quando não houver comprovação de culpa, ou seja, nos casos já previstos em lei ou quando a atividade realizada, já por sua natureza implica em risco (BRASIL, 2002).

Para Tartuce (2015, p. 403) “[...] a responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na teoria da culpa. Dessa forma, para que o agente indenize, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica [...]”.

Na visão de Cavalieri (2014) a culpa, de acordo com a teoria clássica, é vinculada à responsabilidade civil subjetiva, fundamentada no art. 186 do Código Civil de 2002, de modo que

segundo o doutrinador, nenhuma pessoa poderá sofrer censura ou juízo de reprovação sem que falte com cautela.

Já sobre a responsabilidade civil objetiva, Tartuce (2015) leciona que de acordo com o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, haverá responsabilidade, mesmo sem incidência de culpa, nos casos previstos em lei ou quando houver criação de risco a direito alheio pela atividade realizada. O autor cita exemplos de casos estabelecidos em lei, como a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços frente aos consumidores, prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), a responsabilidade civil ambiental, consagrada pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 14, parágrafo primeiro da Lei 6.938/1981) e a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas, pela prática de atos contra a administração pública (Lei 12.846/2013).

2.5.1. Provedores de aplicações

De acordo com a Lei nº. 12.965/2014, o conceito de provedor de aplicação encontra-se no art. 5º, inciso VIII: “registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.”, complementado pelo inciso VII do mesmo artigo: “aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”.

Contudo, em que pese tais definições, Ceroy (2015) relata que a Lei 12.965/2014 não elencou um conceito específico para os provedores. Assim, conforme os artigos acima citados, em consonância com o art. 15, caput da Lei, chega-se a um conceito definitivo, qual seja: Provedor de Aplicação é um termo que define qualquer pessoa natural, empresa ou organização, que de maneira profissional ou amadora, disponibilize funcionalidades que podem ser acessadas por qualquer terminal conectado a internet, ainda que os objetivos não sejam econômicos. Assim, conforme dispõe o autor, o Facebook pode ser considerado um Provedor de Aplicação de Internet.

2.5.2. Responsabilidade dos provedores de aplicações em casos de conteúdos disponibilizados por terceiros

A internet possui o chamado efeito eterno da informação, de modo que, uma vez lançado algum dado na internet, este é transmitido de forma instantânea e global. Assim, explica Chehab (2015) que o “efeito eterno” da informação propagada na internet resulta da velocidade pela qual a informação é transmitida a todos os computadores que se encontram conectados. Certo dado pode ser replicado para diversos computadores e em vários países.

Flumignan (2015) observa que antes da Lei do Marco Civil da Internet, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça era de que o provedor de buscas era demandado de forma extrajudicial e teria o prazo de 24 horas para retirar o conteúdo, respondendo de forma solidária. Após a promulgação do Marco Civil da Internet, o art. 19 preceitua que o provedor poderá ser demandado apenas de forma judicial.

Nesse sentido, Martinez (2014) expõe que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dispunha que desde que o provedor fosse solicitado, podendo inclusive ocorrer de forma extrajudicial, a retirada do conteúdo deveria ser de forma imediata, sendo que se não o fizesse, ocorreria a possibilidade de responsabilização sobre a manutenção das informações.

O artigo 19 da Lei 12.965/2014 retrata a responsabilidade civil dos provedores de aplicações, vejamos:

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.

§ 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.

§ 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.

§ 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 (BRASIL, 2014).

Do ponto de vista de Souza e Teffé (2017), o artigo 19 da Lei do Marco Civil da Internet traz algumas conclusões, tais como: evidenciou a responsabilidade subjetiva do provedor de aplicações, caso devidamente notificado não retire o conteúdo invasivo; elencou a responsabilidade subjetiva no sentido de evitar a censura no ambiente virtual e proporcionar a liberdade da rede; que a notificação extrajudicial não enseja que o servidor retire algum conteúdo; como também, o Poder Judiciário foi designado para solucionar os problemas relacionados a ilicitude do conteúdo que visa ser retirado.

Segundo Sangoi (2015), se fosse considerada a responsabilidade objetiva pelos conteúdos disponibilizados por terceiros, haveria a necessidade de fiscalização prévia de todo conteúdo publicado. Assim, a remoção dos conteúdos se daria de forma arbitrária, considerada censura prévia e um perigo a democracia, uma vez que ficaria a critério do provedor retirar um conteúdo que entenderia ilícito, não passando a questão pelo Judiciário.

Ainda sobre Sangoi (2015), o artigo 19 da Lei do Marco Civil não demonstra se a responsabilidade será solidária ou subsidiária, contudo, caso o Judiciário determine que o provedor de aplicações retire o conteúdo ofensivo e aquele se omitir, essa omissão certifica o nexo de causalidade entre a conduta do provedor e o dano aplicado, sendo considerado o marco inicial da responsabilidade civil solidária do provedor de aplicação e do usuário que praticou o ato através das funções do provedor.

No entendimento de Pereira de Lima (2015) as relações jurídicas entre os provedores e os usuários em regra tratam-se de relações de consumo, assim, o Superior Tribunal de Justiça, antes da Lei 12.965/2014, mitigava a regra da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, haja vista que determinava que o provedor de aplicação, devidamente notificado, deveria responder pelo dano quando não providenciasse nenhuma medida para evitá-lo. Essa conduta trata-se de responsabilidade subjetiva, não condizente com o que determina o Código de Defesa do Consumidor. Assim, os provedores respondem pelos danos ligados a sua atividade.

Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual firmou o entendimento da responsabilidade subjetiva:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. [...]

1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas 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. [...] [grifo nosso]

(STJ, REsp 1.193/764/SP, 3ª T., j. 14.12.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 08.08.2011)

Miragem (2013) destaca que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça aplicou o Código de Defesa do Consumidor, contudo, contornou a aplicabilidade de responsabilidade objetiva do provedor, fundamentado na ausência de um dever legal de vigilância.

Como descrito por Flumignan (2015) nas relações com provedores de internet, o Código de Defesa do Consumidor deve ser observado, uma vez que o artigo 2º do mesmo diploma Legal consagra que consumidor é qualquer pessoa, seja física ou jurídica, a qual utiliza ou adquire um produto ou serviço na qualidade de destinatário final. Nesse ponto de vista, também dispõe o artigo 3º, §2º do mesmo Código, que serviço pode ser classificado como qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo através de remuneração, incluindo as de natureza bancária, crédito e securitária, exceto as de natureza trabalhista. Por fim, caso haja prestação de serviço defeituoso, incidiria o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e consequentemente a responsabilidade objetiva.

Assim, para o autor citado o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado antes do Marco Civil da Internet, consagrando diversos direitos aos consumidores. Dessa forma, havendo conflito de normas, alguns doutrinadores defendem a inconstitucionalidade do Marco Civil da Internet nos pontos em que retira direitos já consagrados aos consumidores.

Insta observar o artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor, o qual aduz que o fornecedor responderá pelos vícios referentes à qualidade do serviço, ou seja, aqueles que tornem o consumo impróprio ou tenha seu valor diminuído, além disso, aqueles com desproporção entre o conteúdo da oferta ou publicidade (BRASIL, 1990).

Sobre a discussão, Aquino (2015) dispõe que o Marco Civil da Internet erra ao elencar a necessidade de judicialização do conflito. Em resumo, esse processo onera a própria vítima da

ofensa, uma vez que se trata de um processo oneroso e mais gravoso, dado que se aumenta a chance do dano ser caracterizado como de difícil reparação.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal determinou a existência de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº. 660.861-MG:

[EMENTA] GOOGLE – REDES SOCIAIS – SITES DE RELACIONAMENTO – PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS NA INTERNET – CONTEÚDO OFENSIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO – COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO vs. DIREITO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE, À HONRA E À IMAGEM. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE.

Segundo o ministro relator, Luiz Fux (2012) o prestador de serviço de um site de relacionamento, o qual não se sujeita a um controle de informações publicadas por terceiros em seu site, ainda que ínfimo, ou ainda não possui um controle de segurança para evitar dispositivos ofensivos, como também a identificação do autor da publicação, deve ser aplicada a responsabilidade objetiva nesses casos, uma vez que incide o Código de Defesa do Consumidor. Além do mais, ainda que o conteúdo ofensivo tenha sido publicado por terceiro, não exclui a responsabilidade do Google, uma vez que esse deve ao menos fiscalizar os conteúdos que são publicados e ainda verificar se as políticas do site estão sendo atendidas.

Conforme relatam Souza e Teffé (2015) em eventual discussão acerca dos elementos que apontam a identificação do material abusivo, ou seja, se o provedor de aplicações deveria se manter atrelado ao pedido de retirada da vítima ou se caberia ao próprio provedor detectar o conteúdo, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se situando no sentido de que é necessária a indicação do endereço das páginas as quais se encontram o conteúdo abusivo. Assim, esse posicionamento se justifica no sentido que o provedor não possui técnica para averiguar todo o conteúdo que lhe é ofertado, como também a maior segurança que proporciona sobre o que deve ser considerado abusivo ou danoso.

Eis a jurisprudência do STJ a qual menciona tal posicionamento:

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.

[...]

7. Ademais, não há danos materiais que possam ser imputados à inércia do provedor de internet, nos termos da causa de pedir. Ato ilícito futuro não pode acarretar ou justificar dano pretérito. Se houve omissão culposa, são os danos resultantes dessa omissão que devem ser recompostos, descabendo o ressarcimento, pela Google, de eventuais prejuízos que a autora já vinha experimentando antes mesmo de proceder à notificação.

8. Quanto à obrigação de fazer - retirada de páginas da rede social indicada -, a parte autora também juntou à inicial outros documentos que contêm, de forma genérica, URLs de comunidades virtuais, sem a indicação precisa do endereço interno das páginas nas quais os atos ilícitos estariam sendo praticados. Nessas circunstâncias, a jurisprudência da Segunda Seção afasta a obrigação do provedor, nos termos do que ficou decidido na Rcl 5.072/AC, Rel. p/ acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 4/6/2014. 9. A responsabilidade dos provedores de internet, quanto a conteúdo ilícito veiculado em seus sites, envolve também a indicação dos autores da informação (IPs). 10. Nos termos do art. 461, §§ 5º e 6º, do CPC, pode o magistrado a qualquer tempo, e mesmo de ofício, alterar o valor ou a periodicidade das astreintes em caso de ineficácia ou insuficiência ao desiderato de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Valor da multa cominatória ajustado às peculiaridades do caso concreto. 11. Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório. 12. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ – REsp: 1512647 MG 2013/0162883-2, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 13/05/2015, S2- SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 05/08/2017.

A responsabilidade dos provedores por possibilitar atos de terceiros é trazida, de forma excepcional, no artigo 21 da Lei do Marco Civil da Internet, de modo que os provedores serão responsabilizados subsidiariamente se houver conteúdo de nudez ou sexual, quando, em sequência da devida notificação, deixar de retirar os conteúdos (BRASIL, 2014).

Segundo Martinez (2014, p. 143) "A exceção prevista no artigo destacado, sem sobra de dúvida, deveria ser a regra. Não há justificativa razoável na manutenção de informações lesivas a um indivíduo enquanto este diligencia uma decisão judicial que lhe dê suporte".

De acordo com Flumignan (2015), antes da Lei do Marco Civil da Internet, o prazo para os provedores preservarem registros de acessos, segundo entendimento do STJ, era de três anos, por analogia ao artigo 206, §3º, V do Código Civil. Contudo, o artigo 15 da Lei do Marco Civil elencou o prazo de seis meses para a preservação de tais registros.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, abordado o conceito sobre o direito ao esquecimento, o qual está intimamente ligado à noção de privacidade, bem como a direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal e nos direitos da personalidade, previstos no Código Civil, evidenciou-se que tal direito possui como principal discussão o conflito entre direitos e garantias fundamentais tidos na Constituição Federal, no que tange a liberdade de informação, manifestação do pensamento e proteção da vida privada.

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) é a principal lei brasileira que regula esse meio de comunicação. Essa lei não trata especificamente sobre o direito ao esquecimento, contudo, expressa a responsabilidade civil dos provedores em casos de conteúdos disponibilizados por terceiros. Para alguns autores, essa lei representa um retrocesso na legislação, considerando que alguns dispositivos possam ser eivados de constitucionalidade. A Lei do Marco Civil da Internet possui como princípios a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento e proteção da privacidade.

Pôde-se perceber que a Lei do Marco civil da internet priorizou a neutralidade da rede, de forma que a responsabilidade civil dos provedores de aplicações é trazida de forma judicial, e ainda assim somente em casos do provedor não retirar o conteúdo ofensivo.

A responsabilidade civil dos provedores de aplicações foi consagrada pelo artigo 19 da referida Lei e elencou a responsabilidade subjetiva para os provedores, ou seja, necessário o elemento culpa como um dos requisitos da responsabilidade. Algumas exceções são trazidas pela lei, tal como em casos de conteúdos de nudez ou sexual, casos em que se observa a responsabilidade de forma subsidiária.

Diversos autores criticam a tentativa de regulamentação da internet no Brasil e o artigo 19 da Lei, uma vez que antes dessa, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça era de que a notificação poderia se dar de forma extrajudicial e o provedor tinha o prazo de 24 horas para a retirada do conteúdo, sob pena de responsabilização. A judicialização do processo acarretaria muito mais ônus a vítima e a responsabilização seria mais árdua.

Amparados por esses argumentos, o Superior Tribunal de Justiça, conforme acórdão mencionado, reconhecia a incidência de aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao considerar que o serviço prestado pelo provedor caracterizava relação de consumo, pois a

remuneração recebida também pode se dar de forma indireta. Contudo, a Corte mitigava a responsabilidade objetiva e aplicava a responsabilidade subjetiva, uma vez que entendia que a fiscalização prévia das postagens não caracterizava atividade do provedor.

No mesmo sentido, entendem que os provedores de aplicações podem ser considerados fornecedores de serviços, portanto incidiriam as regras do Código de Defesa do Consumidor. Assim, a lei do Marco Civil da Internet reprimiu certos direitos que já eram consolidados para os consumidores.

Há quem entenda que o Marco Civil da internet acertou em trazer a responsabilidade subjetiva dos provedores de aplicações, visto que, caso fosse considerada a responsabilidade objetiva, acarretaria em censura prévia dos provedores, pois não haveria atuação do Judiciário.

Por outro lado, caso haja discussão sobre os elementos do material abusivo, o Superior Tribunal de Justiça entende que o provedor de aplicações não possui suporte para averiguar todo o conteúdo que lhe é ofertado, assim, compete a vítima indicar o material abusivo.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal elencou repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº. 660.861-MG, o qual trata justamente da responsabilidade civil dos provedores, uma vez que disponibilizados conteúdos ofensivos por parte de terceiros, alegando o relator do acórdão que deve ser aplicada a responsabilidade objetiva, uma vez que incide o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, explanada a relevância do assunto, bem como a contemporaneidade, é necessário um estudo do tema, haja vista a falta de doutrina e legislação sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

AQUINO, N. R. F. **Antinomia jurídica entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor em matéria de Responsabilidade Civil dos Provedores de Aplicações de Internet.** Disponível em: <<https://nickrichardfaquino.jusbrasil.com.br/artigos/232516149/antinomia-juridica-entre-o-marco-civil-da-internet-e-o-codigo-de-defesa-do-consumidor-em-materia-de-responsabilidade-civil-dos-provedores-de-aplicacoes-de-internet>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

BRASIL, **Lei 12.965**, de 23 de abril de 2014. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 09 fev. 2017.

_____. **Decreto nº 8.771**, de 11 de maio de 2016. Brasília. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm>. Acesso em:
05 maio. 2017.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Brasília,
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso
em: 31 maio. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de agravo provido para o reconhecimento da repercussão geral**. Google Brasil Internet Ltda. e Aliandra Cleide Vieira. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 660.861/Minas Gerais. Relator Ministro Luiz Fux. 22 de março de 2012b. Disponível em: <file:///C:/Users/pc/Downloads/texto_110591051.pdf>. Acesso em: 31 maio. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade [...]**. Recurso Especial 1.335.153-RJ. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Rio de Janeiro, 28 de maio de 2013. Disponível em:<
<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>> Acesso em: 08 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade [...]** Recurso Especial 1.334.097-RJ. Recorrente: Globo Comunicação e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Rio de Janeiro, 28 de maio de 2013. Disponível em:<
<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial. Direito civil e processual civil. Violação de direitos autorais. Rede Social. Orkut. [...]** Recurso Especial 1.512.647-MG. Recorrente: Google Brasil Internet LTDA. Recorrido: Botelho Indústria e Distribuição Cinematográfica LTDA. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 13 de maio de 2015. Disponível em:<
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/235908424/recurso-especial-resp-1512647-mg-2013-0162883-2/inteiro-teor-235908438>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial. Direito civil e do consumidor. Internet. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de conteúdo. Fiscalização prévia do teor das informações postadas no site pelos usuários. [...]** Recurso Especial 1.193.764-SP. Recorrente: I P DA S B. Recorrido: Google Brasil Internet Ltda. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 14 de dezembro de 2010. Disponível em:<
<https://censorshipcases.files.wordpress.com/2012/03/atc.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. **Enunciados aprovados na VI jornada de direito civil.** Conselho de Justiça Federal (CJF). Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130607-02.pdf>. Acesso em: 02 out. 2016.

BARRETO, A. G.; BRASIL, B. S. **Manual de investigação cibernética à luz do Marco Civil da Internet.** Rio de Janeiro: Brasport, 2016.

CEROY, F. M. **Orientações de como fazer requisições de dados do Facebook.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jan-14/frederico-ceroy-requisicoes-dados-facebook> >. Acesso em: 05 jun. 2016.

CHEHAB, G. C. O Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000015ca35eda32e4b674f3&docguid=Ic30b3430470811e5ba8e010000000000&hitguid=Ic30b3430470811e5ba8e010000000000&spos=1&epos=1&td=768&context=6&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 jun. 2017.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FILHO, S. C. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FLUMIGNAN, W. G. G. **A responsabilidade civil dos provedores de aplicações no Marco Civil da Internet.** Disponível em: <<http://justificando.com/2015/08/21/a-responsabilidade-civil-dos-provedores-de-aplicacoes-no-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 07 nov. 2016.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil, v.1: parte geral.** 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. **Novo Curso de Direito Civil, v.3: responsabilidade civil.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro, v.4: responsabilidade civil.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JADE, L. **Entenda o direito ao esquecimento na internet.** Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2014/09/entenda-o-direito-ao-esquecimento-na-internet>>. Acesso em: 06 out. 2016.

LIMA, C. R. P. **A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei N. 12.965/14).** Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115489/113071>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

MARTINEZ, P. D. **Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MIRAGEM, B. **Curso de Direito do Consumidor.** 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PAIVA, B. C R. **O Direito ao Esquecimento frente à Liberdade de Expressão e de Informação.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3376>>. Acesso em: 06 out. 2016.

PINHEIRO, A. **Europa decide que Google pode ser obrigado a filtrar buscas.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-13/google-omitir-busca-pagina-ofensas-decide-uniao-europeia>>. Acesso em: 17 out. 2016.

SANGOI, M. M. **Marco civil da internet (lei nº 12.965/2014): análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por dano decorrente de conteúdo publicado por usuário da rede.** Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166573/MARCO%20CIVIL%20DA%20INTERNET%20%28LEI%20N.%2012.965.2014%29%20An%C3%A1lise%20da%20Responsabilidade%20Civil%20dos%20Provedores%20de%20Aplica%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 04. Jun. 2017.

SCHREIBER, A. **Direitos da personalidade.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA, C. A.; TEFFÉ, C.S. **Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo-terceiro-internet#sdfootnote6sym>>. Acesso em: 20 mai. 2017

SERRO, B.M. **Da responsabilidade civil dos provedores de aplicações frente a Lei 12.965/2014: análise doutrinária e jurisprudencial.** Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-3.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2017

TARTUCE, F. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Método, 2015.