

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE
HOSPEDAGEM DE INTERNET POR ATOS DE TERCEIROS**

ALBERTO ESTEVES FERREIRA FILHO

RIO DE JANEIRO

2008

ALBERTO ESTEVES FERREIRA FILHO

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE
HOSPEDAGEM DE INTERNET POR ATOS DE TERCEIROS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro no segundo semestre de 2008 como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor João Marcelo de Lima Assafim

RIO DE JANEIRO

2008

Ferreira Filho, Alberto Esteves

Responsabilidade subjetiva dos provedores de serviços de hospedagem de internet por atos de terceiros / Alberto Esteves Ferreira Filho – 2008.

64 f.

Orientador: João Marcelo de Lima Assafim

Monografia (graduação em direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f. 61-64.

1. Responsabilidade subjetiva - Monografia. 2. Responsabilidade subjetiva do provedor de hospedagem de internet. I. Assafim, João Marcelo de Lima. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade Nacional de Direito. III. Responsabilidade subjetiva dos provedores de serviços de hospedagem de internet por atos de terceiros.

CDD 341.30122

ALBERTO ESTEVES FERREIRA FILHO

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE
HOSPEDAGEM DE INTERNET POR ATOS DE TERCEIROS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio
de Janeiro no segundo semestre de 2008 como
requisito parcial para obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

1º Examinador – Presidente da Banca

2º Examinador

3º Examinador

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim, meu orientador, por sua dedicação e oportunidade honrosa em tê-lo como guia acadêmico.

A Fernanda Varella Beser, minha companheira de escritório, faculdade, bairro, igualmente apaixonada pela propriedade intelectual, quem informou minha aprovação na OAB com explosão de alegria, minha grande amiga.

A Marianna Furtado de Mendonça, por estimular minha curiosidade e por me conduzir compreensiva e pacientemente nos meus primeiros passos no universo do direito digital.

A Andreia de Andrade Gomes, por acreditar na minha capacidade como operador do direito da propriedade intelectual.

A Deise Santos Esteves Ferreira, minha mãe, minha maior imagem de doçura e compreensão.

A Alberto Esteves Ferreira, meu pai, por sua conduta profissional irretocável e exemplo máximo de caráter. Minha eterna e profunda gratidão.

Não sabendo que era impossível, foi lá e fez.

Jean Cocteau

RESUMO

FERREIRA FILHO, Alberto Esteves. **Responsabilidade subjetiva dos provedores de serviços de hospedagem de internet por atos de terceiros**. 2008. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

É analisada a forma de responsabilização dos provedores de serviço de hospedagem de internet por atos de terceiros. Para a melhor compreensão do tema, o primeiro capítulo apresenta a explicação de terminologias técnicas inerentes à informática, incluindo dados operacionais e regulatórios. Em segunda parte são apresentadas prévias experiências normativas dos Estados Unidos da América (EUA) e da Comunidade Européia (CE). No terceiro capítulo são detalhadas as legislações brasileiras nascituras, na forma de projetos de lei, e se caracteriza a aplicabilidade da responsabilidade subjetiva dos provedores de serviço de hospedagem de internet por atos de terceiros em detrimento à responsabilidade objetiva e eventual aplicabilidade da teoria do risco decorrente da atividade do provedor.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil; Responsabilidade Subjetiva; Internet; Provedor; Hospedagem.

ABSTRACT

FERREIRA FILHO, Alberto Esteves. Responsabilidade subjetiva dos provedores de serviços de hospedagem de internet por atos de terceiros. 2008. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

It is analyzed the way of liability of the internet hosting providers by the acts of third parties. For the best comprehension, the first chapter explains technical words applicable to internet, including operational and regulatory data. On the second section previous normative experiences of the United States of America (USA) and European Community are presented. On the third chapter the forthcoming Brazilian laws, as bill of law, are detailed and the applicability of the subjective liability of the internet hosting providers is characterized versus the objective liability and eventual use of the theory of risks regarding the provider's activity.

Key Words: Civil Liability; Subjective Liability; Internet; Provider; Hosting.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABRANET - Associação Brasileira de Provedores de Internet
ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações
CC - Código Civil
CDC - Código de Defesa do Consumidor
CE - Comunidade Européia
CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CGIBr - Comitê Gestor da Internet no Brasil
CP - Código Penal
CPM - Código Penal Militar
DNS - *Domain Name System*
DOU - Diário Oficial da União
EUA - Estados Unidos da América
IP - *Internet Protocol*
ISP - *Internet Service Provider*
NIC.br - Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto br
PL - Projeto de Lei
PLC - Projeto de Lei da Câmara
PLS - Projeto de Lei do Senado
PSCI - Provedor de Serviço de Conexão à Internet
RNP - Rede Nacional de Pesquisa
Safernet - Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos
SCI - Serviço de Conexão à Internet
STJ - Superior Tribunal de Justiça
STF - Supremo Tribunal Federal
TCP - *Transmission Control Protocol*
TJ - Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. TERMINOLOGIAS E COMENTÁRIO INICIAIS	13
1.1. Internet	13
1.2. Comitê Gestor de Internet do Brasil (CGIBr)	14
1.3. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto br (NIC.br)	14
1.4. Internet Protocol (IP)	15
1.5. <i>Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP)</i>	16
1.6. Site	17
1.7. Provedor de Internet	18
1.7.1. <u>Provedor de Acesso</u>	18
1.7.2. <u>Provedor de Conteúdo</u>	19
1.7.3. <u>Provedor de Hospedagem</u>	21
1.7.4. <u>Comentários adicionais a respeito dos provedores de internet e decisões judiciais</u>	22
2. LEGISLAÇÃO COMPARADA – EUA E CE	28
2.1 Normas dos EUA	28
2.1.1. <u>Electronic Communications Privacy Act de 1986</u>	28
2.1.2. <u>Communications Decency Act de 1996</u>	29
2.2. Normas da CE	31
2.2.1. <u>Directiva 2000/31</u>	31
2.2.2. <u>Directiva 2002/58</u>	35
2.2.3. <u>Directiva 2006/34</u>	36
2.2.4. <u>Convenção de Budapeste sobre Cibercrime</u>	40
3. AS RESPONSABILIDADES DO PROVEDOR DE SERVIÇO DE HOSPEDAGEM NO BRASIL	44
3.1. Projetos de Lei	44
3.1.1. <u>PL 4.906/01</u>	44
3.1.2. <u>Parecer Substitutivo aos PLS 76/2000, PLS 137/2000 e PLC 89/2003</u>	46
3.2. Responsabilidade Subjetiva x Responsabilidade Objetiva	51
CONCLUSÃO	57
BIBLIOGRAFIA	61

INTRODUÇÃO

[...] uma arquitetura cujo objetivo era funcionar como um sistema de comunicação independente, mesmo que Washington fosse riscada do mapa por ataque nuclear. A internet nasceu sem um centro de comando. Não tem dono nem governo, cresce espontaneamente como um capim e qualquer corporação venderia a alma para tê-la a seu serviço.”¹

A internet, primeiramente criada como meio de transmissão de dados militares, tornou-se, nos anos 80, com a criação do World Wide Web (WWW)², um meio para a interligação de pesquisas acadêmicas entre universidades .

No Brasil o acesso inicial para as universidades se deu em 1989 com o lançamento do projeto desenvolvido pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, a Rede Nacional de Pesquisa (RNP). Em apenas 6 anos o acesso ao mercado particular foi iniciado em território brasileiro³. Em 2003, segundo a Associação Brasileira de Provedores de Internet (ABRANET), a internet já contava com 600 milhões de usuários ao redor do mundo e o Brasil já tinha 14% de sua população com acesso à rede mundial de computadores.⁴

Com o uso particular da internet, diversas empresas vieram a substituir o papel outrora somente ocupado pelos departamentos de governos e universidades. Surge então a figura do provedor de internet, que assim como qualquer outra pessoa física ou jurídica incorre em todos os direitos, deveres, restrições e responsabilidades existentes no ordenamento jurídico.

Em 2004, foi lançado o site de relacionamentos <orkut.com>, desenvolvido pelo engenheiro da computação turco Orkut Büyükkökten, funcionário da Google⁵. Em outubro de

1 ANCHIESCHI, Olavo José Gomes; Segurança Total, São Paulo, Makron Books, 2000, p. 1, apud TEIXEIRA, Tarcísio; Direito Eletrônico, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2007, p. 9.

² Nota do autor: www é a extensão comercial para acesso de sites atualmente. Sua tradução livre é Rede de Alcance Mundial.

³ CARVALHO, Marcelo Sávio Revoredo Menezes de; A Trajetória da Internet no Brasil – Dissertação de Mestrado da Faculdade de Engenharia de Sistemas e Computação da UFRJ. Disponível em <<http://www.mci.org.br/biblioteca/internet-br-dissertacao-mestrado-msavio-v1.2.pdf>>, acesso em 04.10.2008

⁴ A História da Internet, ABRANET; <<http://www.abranet.org.br/historiadainternet/numeros.htm>> acesso em 03.10.2008.

⁵ Nota do Autor: Google é atualmente a maior empresa do mercado digital, famosa principalmente por seu programador de buscas na internet <google.com>. A respeito da empresa, “O Google, desenvolvedor do maior mecanismo de busca do mundo, oferece o caminho mais rápido e fácil de encontrar informações na web. Com acesso a mais de 1,3 bilhão de páginas, o Google oferece resultados relevantes para usuários de todo o mundo, normalmente em menos de meio segundo. Hoje, o Google responde a mais de 100 milhões de consultas por dia.” Disponível em <<http://www.google.com.br/intl/pt-BR/profile.html>>, acesso em 04.10.2008.

2008, o site já contava com mais de 120 milhões de usuários cadastrados, dentre os quais aproximadamente 51,20% se declararam brasileiros.⁶

Com intensa utilização por usuários brasileiros de sites de hospedagem de fotos, vídeos e textos, tais como <blogspot.com>, <multiply.com>, <fotolog.com>, <youtube.com>, as relações travadas neste universo virtual se popularizaram, sendo absolutamente relevante o estudo dos impactos jurídicos dos atos praticados por usuários de internet nesse ambiente.

Em igual proporção de crescimento de uso da internet foi observado o questionamento de legitimidade de responsabilização pelos atos praticados em relações telemáticas⁷, ou seja, aplicadas a atos de interação comunicativa em ambiente de tecnologia cibernética.

Pela novidade do tema e sua aplicação em cenário brasileiro, carecem de respaldo legal os limites e responsabilidades dos usuários e provedores de tais serviços, assim como posições doutrinárias acerca da materialidade e definição dos atores desta relevante relação jurídica moderna.

Observa-se com clareza, em aplicação jurídica prática, uma crescente demanda de pessoas em busca de indenizações por danos morais em decorrência de atos praticados por terceiros e disponibilizados na internet através dos provedores de hospedagem. Ademais é justo destacar a incompreensão da atual magistratura brasileira e grande parcela do pensamento jurídico nacional sobre estes atos, sobre termos técnicos cibernéticos até então não positivados e os procedimentos operacionais dos provedores internet.

Neste escopo será desenvolvido o presente trabalho monográfico. Projetos de leis brasileiros serão comparados à legislação internacional e, conjuntamente, será analisada a existente doutrina sobre responsabilidade civil e direito digital como, por exemplo, a dos doutrinadores Marcel Leonardi, Tarcísio Teixeira e Érica Bargalo. Adicionalmente será observada a jurisprudência nacional acerca do serviço de hospedagem de internet. Diante de tal comparação serão evidenciadas, por meio dedutivo, lacunas a serem preenchidas para a fiel inserção das relações jurídicas dos provedores de serviço de hospedagem de internet ao sistema legal nacional.

⁶ Dados demográficos do Orkut; <<http://www.orkut.com.br/Main#MembersAll.aspx>>, acesso em 04.10.2008.

⁷ Instituto Houaiss, Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Ed. Objetiva, Rio de Janeiro, 2004, p. 2687: Telemática – conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações; ciência que trata da transmissão, a longa distância, de informação computadorizada.

Objetiva-se demonstrar que a responsabilidade dos provedores de serviços de hospedagem de internet por atos de terceiros é subjetiva, uma vez que a tendência internacional, assim como a maior parte da doutrina nacional e jurisprudência indicam que a ausência de conhecimento sobre o conteúdo disponibilizado por terceiro isenta o provedor de responsabilidade pelo material hospedado em sua base de dados.

Inicialmente, como forma de possibilitar a compreensão da obra, serão expostos definições, características técnicas e esclarecimentos relacionados aos serviços dos provedores de internet, especificando suas atividades, assim como as modalidades assumidas diante de suas variadas operações. A partir da devida possibilidade de conceituação de modalidades de provedores de internet, será destacada a figura do provedor de serviço de hospedagem.

Em momento posterior, através de legislação comparada dos EUA, o *Electronic Communications Privacy Act* de 1985 e o *Communications Decency Act* de 1994; da Comunidade Européia (CE) pela Directiva⁸ 2000/31; Directiva 2002/58; Directiva 2006/34 e Convenção de Budapeste sobre Cibercrime, será observada a tendência legislativa internacional a respeito do tema.

Finalmente serão analisados os Projetos de Lei Brasileiros 4.906/01 de autoria do Senador Lúcio Alcântara do PSDB/CE e o Parecer Substitutivo de 20 de junho de 2006 do Senador Eduardo Azeredo aos PLS 76/2000 de autoria do Senador Renan Calheiros, PLS 137/2000 do Senador Leomar Quintanilha e PLC 89/2003 do Deputado Luiz Pihauylino, evidenciando as lacunas ainda existentes nas nascituras normas legais brasileiras e o reflexo na jurisprudência nacional, destacando a atual compreensão dos tribunais brasileiros, assim como a posição doutrinária a respeito da responsabilidade dos provedores de hospedagem de internet pelos atos praticados por terceiros.

⁸ Nota do Autor: será mantida a grafia original portuguesa da norma européia, tendo a origem de Portugal, uma vez que se trata de uma das versões originais em língua oficial, sendo de perfeita compreensão para os brasileiros.

1. TERMINOLOGIAS E COMENTÁRIO INICIAIS

1.1. Internet

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), através da Norma 004/95, aprovada pela Portaria No. 148 de 31 de maio de 1995 do Ministério das Comunicações define tecnicamente a internet como o “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o ‘software’ e os dados contidos nestes computadores”.

Os conceitos doutrinários não divergem da definição normativa, mas acrescentam a figura do usuário, adicionando a característica final da internet, que é possibilitar o acesso global de informação para todas as pessoas, jurídicas ou físicas.

Esther Morón Lerma a define como “um amálgama de milhares de redes de computadores que conectam entre si milhões de pessoas.”⁹

De forma muito semelhante, destacando a característica da rapidez e globalização, discorre Pedro Alberto de Miguel Asensio:

Internet constituye un entramado mundial de redes conectadas entre si de un modo que hace posible la comunicación casi instantánea desde cualquier ordenador de una de esas redes a otros situados en otra red del conjunto, por lo que se trata de un medio de comunicación global.¹⁰

Tarcísio Teixeira expõe sua definição de internet, agregando a ela detalhes sobre o seu funcionamento. Vejamos:

Assim, a internet é a interligação de redes de computadores espalhadas pelo mundo, que passam a funcionar como uma só rede, possibilitando a transmissão de dados, sons e imagens de forma rápida. Essa interligação de redes pode ser feita por sistema telefônico de cabos de cobre ou de fibras óticas, por

⁹ LERMA, Esther Morón; Internet y Derecho Penal: “hacking y otras conductas ilícitas en la red, Revista de Derecho y Proceso Penal 1/79, Pamplona, Aranzadi, 1999, *apud* LEONARDI, Marcel *op. cit.* p. 2.

¹⁰ ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel; Derecho Privado de Internet, 2ª Ed., Madrid, Civitas, 2001, p.27. Tradução livre: Internet constitui uma rede mundial de redes conectadas entre si de um modo que possibilita a comunicação quase instantânea de um computador de uma dessas redes a outros situados em outras redes do conjunto, tratando-se de um meio de comunicação global.

transmissão via ondas de rádio ou via satélite, por sistema de televisão a cabo etc.¹¹

1.2. Comitê Gestor de Internet do Brasil (CGIBr)

Em 04 de setembro de 2003 foi publicado na seção de atos do poder executivo do Diário Oficial da União (DOU) o Decreto No. 4.829, de 3 de setembro de 2003, assinado pelo presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva para a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGIBr e estabelecimento de regras de uso e desenvolvimento da internet no Brasil.

Dentre as atribuições do CGIBr elencadas no art. 1º do mencionado decreto estão: a organização de regulamentos para organização das atividades desenvolvidas no ambiente virtual telemático, sendo relevante destacar a figura da alocação de número de Internet Protocol (IP)¹².

Decreto No. 4.829 de 3 de setembro de 2003

Art. 1º Fica criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGIBr, que terá as seguintes atribuições:

I - estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil;

II - estabelecer diretrizes para a organização das relações entre o Governo e a sociedade, na execução do registro de Nomes de Domínio, na alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e na administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível (ccTLD -country code Top Level Domain), ".br", no interesse do desenvolvimento da Internet no País;

[...]

VII adotar os procedimentos administrativos e operacionais necessários para que a gestão da Internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais aceitos pelos órgãos de cúpula da Internet, podendo, para tanto, celebrar acordo, convênio, ajuste ou instrumento congêneres;

[...]

1.3. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto br (NIC.br)

¹¹ TEIXEIRA, Tarcísio, *op. cit.* p.9.

¹² Nota do Autor: Internet Protocol (IP) significa protocolo de internet e será explicado em divisão própria do capítulo 1.

“O Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto br (NIC.br) é uma entidade civil, sem fins lucrativos, que desde dezembro de 2005 implementa as decisões e projetos do Comitê Gestor da Internet no Brasil”.¹³ Assim se define o próprio NIC.br.

O NIC.br surge por ato do CGI.Br através da Resolução 001 de 2005 publicada nos jornais O Estado de São Paulo, Folha de São Paulo e O Globo, no dia 05 de dezembro de 2005 e no DOU, no dia 14 de fevereiro de 2006.

Sua atribuição de relevante análise para o presente trabalho monográfico está contida no preâmbulo explicativo da resolução, assim como em seu art. 1º, qual seja a de alocar IPs.

Resolução Nº 001/2005

Dispõe sobre a execução do registro de Nomes de Domínio, a alocação de Endereços IP (Internet Protocol) e a administração relativa ao Domínio de Primeiro Nível, atribuídas ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR - NIC .br e dá outras providências.

O Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br, no uso das atribuições que lhe confere o Decreto Nº 4.829, de 3 de setembro de 2003, e considerando que, para alcançar o objetivo de disponibilizar informações e serviços pela internet, é necessário o registro de nomes de domínio e a atribuição de endereços IP, bem como a manutenção de suas respectivas bases de dados na rede eletrônica, considerando o aprovado pelo CGI.br em reunião realizada no dia 21 de outubro de 2005,

resolve:

Art. 1º - Ficam atribuídas ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR - NIC .br, a execução do registro de Nomes de Domínio, a alocação de Endereços IP (Internet Protocol) e a administração relativa ao Domínio de Primeiro Nível.

1.4. Internet Protocol (IP)

¹³ NIC.br, Sobre NIC.br; <<http://nic.br/sobre-nic/index.htm>>, acesso em 04.10.2008.

Internet Protocol (IP) é a expressão inglesa do termo Protocolo de Internet. Sua representação se dá por número, através dos quais se identifica a origem de algum ato praticado na internet.

No ato de conexão à internet, um provedor de acesso atribui ao usuário um número, seu endereço IP. Tal número identificará o usuário nos locais de rede que vier a acessar até o fim da conexão.

Patrícia Peck Pinheiro de forma sucinta e precisa define IP como o “protocolo responsável pelo percurso entre dois sistemas que utilizam a família de protocolos TCP/IP desenvolvida e usada na Internet.”¹⁴

1.5 *Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP)*

Protocolo de controle de transmissão é a tradução de TCP. Trata-se de uma linguagem digital para transmissão de dados em rede. Nesse sentido, a mesma advogada especialista em direito digital define TCP e TCP/IP:

TCP – Transmission Control Protocol. O protocolo dentro do TCP/IP que controla a subdivisão das mensagens de dados em pacotes a serem enviados por meio do protocolo IP, e a remontagem e verificação das mensagens completas dos pacotes recebidos pelo IP.

TCP/IP – Protocolo para a comunicação entre computadores. O TCP/IP tornou-se o padrão de fato para transmissão de dados por meio de redes, incluindo a Internet.¹⁵

De forma um pouco mais detalhada Marcel Leonardi explica o funcionamento do TCP/IP, possibilitando compreender a técnica que transforma a internet em um veículo de transmissão global de dados de altíssima velocidade:

O protocolo TCP/IP funciona da seguinte forma: o *Protocolo de Controle de Transmissão (TCP)* divide os dados a serem transmitidos em pequenos pedaços chamados de *pacotes* e, após efetuada a transmissão, reúne esses pacotes para formar novamente os dados originalmente transmitidos. O *protocolo de internet*

¹⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck; Direito Digital, São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª Ed., 2008, p. 364.

¹⁵ *Loc. Cit.*, p. 375.

(IP) adiciona a cada pacote de dados o endereço do destinatário, de forma que eles alcancem o destino correto. Cada computador ou roteador participante do processo de transmissão de dados utiliza este endereço constante dos pacotes, de forma a saber para onde encaminhar a mensagem. Com isto, ainda que os pacotes de informação não trafeguem pelos mesmos caminhos, todos chegarão ao mesmo destino, onde serão reunidos.

Em outras palavras, o protocolo TCP/IP divide os dados a serem transmitidos em pacote de dados de tamanho variável. Cada pacote, portanto, além de parte dos dados transmitidos, carrega também as informações necessárias para chegar a seu destino, ou seja, o endereço de seu remetente, o endereço de seu destinatário, o número total de pacotes em que a informação foi dividida, e o número daquele pacote específico.

Cada pacote de dados é enviado a seu destino pela melhor rota possível, a qual pode ou não ter sido utilizada pelos demais. É isso que faz com que a Internet seja eficiente e permita o acesso simultâneo de milhões de usuários, pois o tráfego de dados é automaticamente balanceado entre as rotas que se encontram disponíveis. Além disso, caso ocorram problemas técnicos que impeçam o tráfego de dados por determinadas rotas, outras são imediatamente selecionadas até que o destino final possa ser alcançado.¹⁶

1.6. Site

Por site, ou página da internet, compreende-se um conjunto de dados digitais de qualquer espécie colocados em um determinado espaço exclusivo e único na internet. O site, ou nome de domínio, não é identificado apenas por letras, mas na verdade por um IP que identifica um computador onde os dados referentes a esta página estão alocados. Ademais, a responsabilidade por seu registro é atualmente atribuição do NIC.br.

Antes de 1983 a única forma de se conectar a um computador era informando seu número específico, o que não era realmente prático. A configuração do site como uma expressão de letras foi resultado de pesquisadores da Universidade de Wisconsin, EUA, que desenvolveram o Sistema de Nome de Domínio. Este sistema, também identificado por sua sigla em inglês DNS (*Domain Name System*), torna compatível a solicitação por um nome de domínio através de combinação específica de letras que significam, em linguagem cibernética, um número IP.¹⁷

¹⁶ LEONARDI, Marcel, *op. cit.* p. 7.

¹⁷ *Loc. Cit.* p. 8.

Tarcísio Teixeira esclarece que “o nome de domínio está diretamente relacionado com o endereço IP (número de identificação) de um computador, ou seja, quando se está procurando por um nome de domínio, ou página na internet, na verdade está sendo buscado um endereço de um computador.”¹⁸

1.7. Provedor de Internet

Por provedor de internet compreende-se aquele que presta serviços relacionados à internet. Tais serviços podem ser feitos através dela, como correspondência, armazenamento de dados, dentre outros, ou mesmo ser o próprio serviço de disponibilizar o acesso à internet. Deve ser destacado que um provedor de internet não está adstrito à operacionalização de apenas uma modalidade de serviços, o que gera, de uma forma geral, dúvidas quanto à caracterização dos provedores.

É fácil caracterizar o exemplo da seguinte forma: imagine uma empresa X que provê a seus clientes acesso à internet, serviço próprio de e-mail, que em seu site contenha críticas culturais de sua autoria e ainda forneça espaço para criação de diários virtual de seus clientes. Nesses casos a empresa X poderá ser caracterizada como provedora de acesso, de *e-mail*¹⁹, de conteúdo e de hospedagem. Sua denominação dependerá a atividade realizada em cada caso específico que venha a ser analisado.

1.7.1. Provedor de Acesso

O provedor de acesso disponibiliza ao usuário da internet o acesso à rede mundial de computadores e possui a seguinte definição técnica estabelecida pelas alíneas c e d do art. 3º da Norma 004/95 da ANATEL:

¹⁸ TEIXEIRA, Tarcísio, *op cit.* p. 16.

¹⁹ Nota do Autor: Por *e-mail* (*electronic mail*) se compreende a correspondência efetuada de forma eletrônica, cujo serviço é disponibilizado por um provedor de internet.

- c. Serviço de Conexão à Internet (SCI): nome genérico que designa Serviço de Valor adicionado que possibilita o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações;
- d. Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI): entidade que presta o Serviço de Conexão à Internet.

A RNP também definiu o provedor de acesso à internet através do documento RNP/RPU/0013D – Guia do usuário Internet/Brasil, de abril de 1996:

É aquele que se conecta a um provedor de *backbone*²⁰ através de uma linha de boa qualidade e revende conectividade na sua área de atuação a outros provedores (usualmente menores), instituições e especialmente usuários individuais, através de linhas dedicadas ou mesmo através de linhas telefônicas discadas [...] o provedor de acesso é portanto um varejista de conectividade à Internet, e como todo varejista pode operar em diversas escalas, desde um nível mínimo (ex.: uma máquina e umas poucas linhas telefônicas para acesso discado) até um nível de ampla atuação em uma região, aproximando-se da escala de atuação de provedores de *backbone*.

Érica Bargalo destaca brilhantemente como função do provedor de acesso “atribuir ao usuário, desde que entre eles exista essa obrigação, derivada de acordo entre as partes, um endereço IP para que o usuário possa se conectar à Internet e dela fazer uso conforme sua vontade.”²¹

Ante tal posição, resta claro que o provedor de acesso é o responsável pela possibilidade de identificar o usuário por seus atos praticados na internet, uma vez que lhe fornece número IP.

1.7.2. Provedor de Conteúdo

²⁰ Nota Conjunta de junho de 1995 do Ministério das Comunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia definiu *backbone* (espinha dorsal em inglês) como “estruturas de rede capazes de manipular grandes volumes de informação, constituídas basicamente por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade.”

²¹ BARBAGALO, Erica Brandini; Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet *in* LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (Organizadores) Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003 p. 344.

Tarcísio Teixeira define o provedor de conteúdo como um provedor de produtos e serviços, que coloca à disposição do usuário a possibilidade de adquirir serviços como, de forma exemplificativa, acesso a informações contidas em bancos de dados ou produtos efetivos, uma compra através da internet.

Por fim, Teixeira ainda inclui o provedor de hospedagem como uma das modalidades de serviços de provedor de conteúdo. Para ele a hospedagem é o serviço do provedor de conteúdo que armazena um site. Não é feita distinção quanto à edição do conteúdo para a conceituação do provedor.

A respeito dos serviços prestados pelo provedor de conteúdo, são comuns, por exemplo, a disponibilidade de informações editadas por ele ou por terceiro ou o armazenamento de *sites*, entre outro (neste caso, também conhecido por provedor de hospedagem).²²

Marcel Leonardi, diferentemente, não inclui o provedor de hospedagem como uma modalidade de serviço prestado pelo provedor de conteúdo. Este o mantém em uma categoria própria, mas destaca a figura do provedor de informação. Tal provedor seria autor, responsável pela criação de informações posteriormente divulgadas por um provedor de conteúdo.

O ***provedor de informação*** é toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgada através da Internet. É o efetivo autor da informação disponibilizada por um provedor de conteúdo.

O ***provedor de conteúdo*** é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem.

Dessa forma, o provedor de conteúdo pode ou não ser o próprio provedor de informação, conforme seja ou não o autor daquilo que disponibiliza.
[...]

O provedor de conteúdo, na maior parte dos casos, exerce controle editorial prévio sobre as informações que divulga, escolhendo o teor do que será apresentado aos usuários antes de permitir o acesso ou disponibilizar estas informações.²³

²² TEIXEIRA, Tarcísio, *op. cit.*, p. 16.

²³ LEONARDI, Marcel, *op cit.* p. 30/31.

1.7.3. Provedor de Hospedagem

Para Pedro Asensio, assim como para Tarcisio Teixeira, a hospedagem também seria um serviço de relacionado à manutenção de um site alocado na internet. Para ele este tipo de serviço seria normalmente desempenhado por provedores que também fosse provedores de acesso:

Es una modalidad de contrato de (arrendamiento de) servicios concluido por quien pretende explotar el sitio web con un proveedor de servicios de Internet, que proporciona al cliente la presencia en la malla mundial (por lo que es denominado <<Internet Presence Provider>>, actividad desempeñada normalmente por empresas que operan también como proveedoras de acceso a Internet) y se encarga de operar el sitio web. Cuando se contrata el establecimiento o alojamiento de un sitio web el proveedor proporciona al cliente espacio en el servidor en el que se almacena la información que constituye el contenido del sitio web, al tiempo que lo conecta con Internet facilitando el acceso de terceros a la información ahí contenida.²⁴

Erica Bargalo discorre sobre os serviços prestados por um provedor de hospedagem, mencionando que se trata de:

Colocar à disposição de um usuário pessoa física ou de um provedor de conteúdo espaço em equipamento de armazenagem, ou servidor para divulgação das informações que esses usuários ou provedores queiram ver em seus sites.

[...] o provedor de serviços de hospedagem não interfere no conteúdo dos *sites*, pois para tanta dá ao proprietário de cada *site* que hospeda acesso à sua página para criá-la, modificá-la ou extingui-la.²⁵

Corroborando com o entendimento de Erica Bargalo, Marcel Leonardi posiciona-se de forma muito semelhante:

²⁴ ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel, *op cit*, p. 67-68. Tradução livre: É uma modalidade de contrato de (arrendamento de) serviços celebrado por quem pretenda explorar o site com um provedor de serviços de internet que proporciona ao cliente a presença em rede mundial (pelo que é denominado <<Internet Presence Provider>>, atividade desempenhada normalmente por empresas que operam também como provedoras de acesso à internet) e se obriga de operar o site. Quando se contrata o estabelecimento ou alojamento de um site, o provedor proporciona ao cliente espaço no servidor no qual se armazena a informação que constitui o conteúdo do site ao mesmo tempo em que o conecta com a internet, facilitando o acesso de terceiros à informação ali contida.

²⁵ BARBAGALO, Erica Brandini; *op cit*, p. 346/347.

Provedor de hospedagem é a pessoa jurídica que fornece o serviço de armazenamento de dados em serviços próprios de acesso remoto, possibilitando o acesso de terceiros a esses dados, de acordo com condições estabelecidas com o contratante do serviço.

Assim, um provedor de hospedagem oferece dois serviços distintos: o *armazenamento* de arquivos em um servidor, e a possibilidade de acesso a tais arquivos conforme as condições previamente estipuladas com o provedor de conteúdo, provedor este que pode escolher entre permitir o acesso a quaisquer pessoas ou apenas a usuários determinados.²⁶

[...]

O contratante de serviços é livre para escolher o provedor de hospedagem que apresentar as melhores condições para o armazenamento e o acesso às informações que pretender disponibilizar através da Internet, de acordo com suas necessidades.

Importante destacar que o provedor de hospedagem não exerce controle sobre o conteúdo de armazenamento em seus servidores, o qual é efetuado, em regra, exclusivamente pelos provedores de conteúdo.²⁷

1.7.4. Comentários adicionais a respeito dos provedores de internet e decisões judiciais

Diante da maior parte da doutrina, parece-nos equivocado conceituar o serviço de hospedagem como uma modalidade de serviço de conteúdo. O serviço de hospedagem pode ser prestado a um usuário individual ou a um determinado provedor de conteúdo que em dado momento configure como cliente de um determinado provedor de hospedagem, tendo, evidentemente, a mesma forma de tratamento e responsabilidades.

Importante destacar, portanto, que o provedor de conteúdo deve ser considerado como criador, ou aquele que assume a responsabilidade pelos dados fornecidos. Ou seja, o provedor de conteúdo de internet é aquele que tem conhecimento sobre a informação disponibilizada, seja por ser seu autor ou por ter exercido análise prévia, garantindo ter conhecimento sobre os dados. Em plena conformidade, colaciona-se o seguinte trecho:

²⁶ Nota do Autor: Como exemplo pode ser citado o álbum de fotos de um usuário do site de relacionamentos <orkut.com>, que pode mantê-lo restrito a determinados usuários. No mesmo sentido o armazenamento de arquivos em sites como <rapidshare.com>, que pode ser amplo ou determinado.

²⁷ LEONARDI, Marcel; *op. cit.*, p. 27.

Como regra geral, o controle sobre o conteúdo é que torna o provedor de serviços responsável pelo ato ilícito praticado por terceiro. Assim sendo, haverá responsabilidade do provedor de conteúdo que exerce controle editorial prévio sobre eventuais informações ilegais disponibilizadas por terceiros.²⁸

Quanto ao provedor de hospedagem, sua conceituação não pode se limitar à simples alocação de site de terceiros em seus servidores, embora esta seja uma modalidade. Os hospedeiros, além do mencionado serviço, também podem disponibilizar acesso de dados de terceiros em seu próprio site, sendo esta a grande discussão moderna e objeto deste trabalho.

Essencial observar que o provedor de hospedagem, independentemente de sua modalidade, não possui controle pelo conteúdo inserido e apenas disponibiliza um espaço de alocação cibernética. De forma análoga pode ser comparado a uma biblioteca que em tese não é autora dos livros disponibilizados, mas possui prateleiras para sua alocação. Obviamente, uma biblioteca não exerce controle do conteúdo de cada obra que possui. O responsável por tal é, certamente, o autor da obra. No universo telemático, tal comportamento é idêntico.

É de extrema relevância a manutenção dos serviços de conteúdo e de hospedagem em forma e conceituações separadas, uma vez que apenas ao primeiro é devida responsabilidade pelo conteúdo e, por conseguinte, a resposta legal por tudo que sua expressão puder refletir.

Vejamos, neste sentido, respectivas citações de Erica Bargalo e Patrícia Peck:

O provedor de serviços de hospedagem não é responsável pelo conteúdo dos sites que hospeda, uma vez que não tem ingerência sobre o conteúdo destes, não lhe cabendo o controle editorial das páginas eletrônicas. Também não se pode esperar do provedor de hospedagem atividades de fiscalização: na maioria das vezes o armazenador não tem acesso ao conteúdo do site, apenas autorizado ao seu proprietário, que pode alterar o conteúdo de suas páginas com a frequência que lhe aprouver.²⁹

Enquanto o provedor atuar como mero condutor para o tráfego de informações, equipara-se às companhias telefônicas, não podendo ser responsabilizado por eventuais mensagens difamatórias transmitidas, já que não pode ser compelido a vistoriar o conteúdo de mensagens em cuja transmissão não tem participação nem possibilidade alguma de controle.³⁰

²⁸ LEONARDI, Marcel; Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet por Atos de Terceiros *in* SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manuel J. Pereira dos (Coordenadores) Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação, São Paulo, Ed. Saraiva, 2007. p. 180.

²⁹ BARGALO, Erica Brandini; *op. cit.*

³⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck; *op. cit.*

Observe-se agora como ainda se equivocam os magistrados brasileiros quanto à nomenclatura a ser utilizada para a caracterização de cada serviço dos provedores, embora o intuito de responsabilização por autoria e controle de conteúdo já tenha sido absorvido.

A ré agindo como mero provedor de conteúdo, armazenando as informações para acesso dos assinantes não pode ser responsabilizada em indenizar à autora, tendo em vista que tal responsabilidade recai sobre àquele que procedeu ao ilícito. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO." (Grifou-se)³¹

Voto do Desembargador Relator Artur Arnildo Ludwig:

"Primeiro, ainda que o provedor de Internet seja um fornecedor de serviços, estará em tal posição, quando os internautas contratam seus serviços para conectarem-se à Internet. Todavia, situação diversa, observa-se quando o provedor está na posição de provedor de conteúdo³², em outras palavras, ocasião em que fornece os meios técnicos apenas para que o consumidor crie e insira dados em uma página na Internet. Em tal circunstância, estaremos diante, não de uma responsabilidade objetiva, mas subjetiva, ao meu ver, porquanto, o usuário (quem criou o conteúdo e a página) é o único responsável pelos dados ali colocados, diferentemente quando é realizado um contrato de parceria e hospedagem entre o usuário e o hospedeiro."

O que certamente não é equivocado é declarar que a responsabilidade do provedor de serviços de hospedagem de internet por atos e informações de terceiros é subjetiva. Neste fim, destaca-se a seguinte decisão grifada para melhor compreensão:

Ação Indenizatória nº 001/1.06.0073969-8 – 5ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre/RS – Juiz Sandro Luiz Portal – proferida em 22/11/2006.³³

[...]

O Orkut é um site de hospedagem de páginas individuais, propiciando o conagraçamento de pessoas a partir de dados individuais que compõem redes de interação.

[...]

A criação da página pessoal, todavia, é iniciativa do usuário ou de quem, por circunstâncias estritamente pessoais, criou o sítio de relacionamento virtual munido dos dados de terceiro, inclusive e-mail.

³¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROVEDOR DE INTERNET. BLOGSPOT. WEBSITES, Apelação Cível nº 70009660432, Desembargador Relator Artur Arnildo Ludwig, data de publicação 08/11/2005.

³² Nota do Autor: este momento equivoca-se o Des. Rel. Artur Ludwig ao chamar o provedor de provedor de conteúdo, sendo claro seu intuito de expressar os serviços de hospedagem, como se entende pela leitura completa do voto.

³³ BRASIL, 5ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre/RS, Ação Indenizatória nº 001/1.06.0073969-8, Juiz Sandro Luiz Portal, data de publicação 23/11/2006.

É impossível atribuir ao provedor, portanto, que se responsabilize pelo conteúdo das páginas criadas individualmente, ainda que seja ele o disponibilizador do serviço.

Com efeito, deve-se separar no que consiste a responsabilidade pela oferta do serviço daquilo que representa seu conteúdo, sendo impossível agregar responsabilidade por esses dados ao provedor remoto.

Muito acertadamente, o Juiz Sandro Luiz Portal, em sentença transitada em julgado, nos faz observar que são completamente distintas as relações e responsabilidades entre o ato de hospedar, ou seja, sua devida manutenção de hospedagem de dados e forma de proceder com seu serviço de forma satisfatória e o conteúdo. Continuando a leitura da sentença:

Seria tecnicamente inviável, nessa linha de raciocínio, determinar que o site Orkut estabelecesse um controle prévio dos dados de cada página criada individualmente, impondo a ele que efetuasse diligências em balcão para aferir a veracidade dos dados de cada usuário e só então permitisse a veiculação das telas.

Em outras palavras, a responsabilização da Google por esse tipo de conduta simplesmente aniquiliaria a viabilidade técnica de quase todos os empreendimentos remotos via Internet, protocolizando e burocratizando as relações que o sistema justamente visa propiciar.

De forma clara e concisa é destacada a importância das relações não burocratizadas na internet, sendo a manutenção das mesmas de forma dinâmica, essencial para se alcançar o objeto da internet, ou seja, a velocidade de transmissão de dados.

A tendência doutrinária, inclusive em termos comparados, é uníssona no sentido da exclusão da responsabilidade dos provedores, coisa que trilha a mesma senda da evolução tecnológica proporcionada pela Internet e que perpassa os limites continentais. É uma notória tendência da humanidade o trânsito da informação e a instituição de relações estritamente virtuais entre as pessoas. O crescimento da internet e mesmo de sites como o Orkut são um retrato disso. Responsabilizar os sites por esse tipo de conteúdo seria uma posição albanesa contra essa tendência, eclodindo dela restrições que não se compatibilizam com o mundo atual.

[...]

Note-se, no aspecto, que o pedido é estritamente indenizatório, não tendo o autor demonstrado a necessidade de suspender a veiculação da página. Nesse caso, aliás, o raciocínio seria razoável, **podendo ele exigir que o site Orkut, gerenciado pelo conglomerado composto pela requerida, evitasse a propagação do dano. Somente nesse ponto é que reside a responsabilidade**

do provedor, não quanto ao conteúdo ideal das páginas, coisa que não lhe incumbe fazer.

O mesmo TJRS, em acórdão da lavra do Des. Palmeiro da Fontoura, ao apreciar pedido antecipatório em agravo de instrumento, já sinalizou a sedimentação dessa posição:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PUBLICAÇÃO DE NOTÍCIA NA INTERNET COM CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA DO AGRAVANTE. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA NO SENTIDO DE QUE SEJA DETERMINADA A RETIRADA DE TODA VEICULAÇÃO EM NOME DO AUTOR DO GOOGLE. **O Google trata-se de provedor de serviço na Internet, não interferindo no conteúdo das páginas que se `hospedam' em seu site**, salvo flagrante ilegalidade. Ausência de verossimilhança da alegação, o que impede a concessão da tutela requerida. Precedentes. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70015442502, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 14/09/2006)

Por conseguinte, **limitando-se a pretensão à repercussão indenizatória decorrente da veiculação de dados na Internet, o provedor não pode ser responsabilizado por essa conduta, devendo, apenas e tão-somente, contribuir para a elucidação do fato ofensivo e evitar a sua propagação depois de solicitada pelo usuário.**

Relembrando que os provedores de acesso fornecessem um IP ao usuário no momento da conexão e que esse protocolo os identifica até o fim de sua conexão e, ainda, que os provedores de acesso são capazes de identificar a origem do IP, muita surpresa é causada pela leitura do acórdão a seguir:

1. Ação movida contra a Google em razão de referências ofensivas em relação à autora inseridas no Orkut. 2. **Se o réu é proprietário do domínio Orkut e permite a postagem de mensagens anônimas e ofensivas, responde pelo dever de indenizar a parte que sofreu dano à sua honra e dignidade.** 3. **Não havendo identificação da origem daqueles que hospedaram mensagens não há como eximir o réu, apelante 2, da responsabilidade direta se o anônimo efetuou algum ataque a honra de pessoas.** 4. **Aplicação do art. 927, parágrafo único, do CC que adota a teoria da responsabilidade civil objetiva, estabelecendo que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem.** 5. O art. 5º, inciso IV, da CF/88 veda o anonimato nas livres manifestações de pensamento. 6. Caracterizado o dever de indenizar do réu. 7. No arbitramento do dano moral deve-se levar em consideração a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano, pelo que, verifica-se que o valor de R\$ 10.000,00 foi arbitrado de acordo com os princípios da

razoabilidade e proporcionalidade. 8. Sentença de procedência, que se mantém.
9. Recursos não providos.³⁴

Carece de conhecimento técnico a decisão citada, uma vez que é possível identificar o IP fornecido previamente por um provedor de acesso aos usuários que postam mensagens de forma aparentemente anônima em sites em que haja hospedagem de material de terceiros. Assim sendo, poderia ter havido pedido judicial de divulgação do número de IP de usuário que proferiu ofensas para que fosse diligenciado ao provedor de acesso a devida identificação do mesmo.

Não há, portanto, risco decorrente da natureza dos serviços. Houve a mera substituição de um compensador por danos morais, sem cumprir o devido caráter educativo de direcionar ordem de pagamento de indenização ao efetivo agente ofensor.

Tal decisão seria o mesmo que culpar uma empresa de telefonia por um trote ofensivo. A empresa não possui gerência pelos atos de terceiros, mas poderá, eventualmente, por ordem judicial que autorize a quebra do direito à privacidade mantida pelo sigilo telefônico, fornecer detalhes de origem de ligações para apuração de fatos relevantes.

Claro, portanto, que o desconhecimento gera a manutenção de indevidas responsabilizações, que poderiam ter sido evitadas por devida instrução técnica, assim como previsão legal específica.

³⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 6ª Câmara Cível AÇÃO ORDINÁRIA. INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL.DANO MORAL. OFENSAS À AUTORA INSERIDAS POR ANÔNIMO NO ORKUT. Apelação Cível 2008.001.18270, Desembargador Relator Benedicto Abicair, data de publicação 24/07/2008.

2. LEGISLAÇÃO COMPARADA – EUA E CE

Razoavelmente, como grandes centros de uso e desenvolvimento tecnológico, os EUA e a CE adiantaram-se na edição de suas normas para a regulamentação de responsabilidades decorrentes das relações telemáticas.

2.1. Legislação dos EUA

Nos EUA, remonta de 1986 a edição de norma reguladora de relações virtual, o *Electronic Communications Privacy Act* (Lei de Privacidade das Comunicações Eletrônica). Passou a vigorar em 21 de outubro de 1986 para estender prévias restrições aplicáveis a ligações telefônicas às transmissões de dado efetuadas por computador.³⁵

Uma década depois foi promulgado o *Communications Decency Act* (Lei de Decência das Comunicações), especificamente em 08 de fevereiro de 2006 para determinar regras que isentassem os provedores de serviços de internet por atos de terceiros.

2.1.1. *Electronic Communications Privacy Act* de 1986

Com o início da internet para fins particulares, visando proteger os usuários de comunicação eletrônica, tornou-se proibida a divulgação de dados cadastrais e de conteúdo de mensagens que circulassem pela internet. Tais previsões encontram-se na Seção 2702 da norma.

O diploma legal em análise possibilita a divulgação de dados em hipóteses excepcionais, principalmente quando: houver consentimento das partes relacionadas; for necessário para o exercício das atividades dos provedores; quando houver suspeita de relações criminosas ou for

³⁵ Wikipedia – The Free Encyclopedia – *Electronic Communications Privacy Act*, <<http://en.wikipedia.org/wiki/ECPA>>, acesso em 05 de outubro de 2008.

possível ao provedor, de forma razoável, acreditar que haja grave dano que envolva a necessidade de divulgação de determinado conteúdo. Ainda será admitida em específicos serviços prestados a entidades governamentais.

Section 2702 - Disclosure of Contents

(a) Prohibitions. – Except as provided in subsection (b)

(1) a person or entity providing an electronic communication service to the public shall not knowingly divulge to any person or entity the contents of a communication while in electronic storage by that service; and

(2) a person or entity providing remote computing service to the public shall not knowingly divulge to any person or entity the contents of any communication which is carried or maintained on that service

(A) on behalf of, and received by means of electronic transmission from (or created by means of computer processing of communications received by means of electronic transmission from), a subscriber or customer of such service; and

(B) solely for the purpose of providing storage or computer processing services to such subscriber or customer, if the provider is not authorized to access the contents of any such communications for purposes of providing any services other than storage or computer processing; and

(3) a provider of remote computing service or electronic communication service to the public shall not knowingly divulge a record or other information pertaining to a subscriber to or customer of such service (not including the contents of communications covered by paragraph (1) or (2) to any governmental entity).³⁶

2.1.2. Communications Decency Act de 1996

³⁶ Tradução livre: Seção 2702 – Divulgador de Conteúdo / **(a) Proibições** – Exceto como determinado pela subseção (b)/ (1) uma pessoa física ou jurídica prestando serviço de comunicação eletrônica ao público não divulgará a qualquer pessoa física ou jurídica o conteúdo de uma comunicação eletrônica enquanto armazenada de forma eletrônica pelo serviço; e (2) uma pessoa física ou jurídica prestando serviços remotos de computador ao público não divulgará a qualquer pessoa física ou jurídica o conteúdo de qualquer comunicação tida durante ou mantida em relação ao serviço / (A) em nome de, e recebidas por meio de transmissão eletrônica de (ou criada por meios de processamento de comunicação por computador através de transmissão eletrônica), usuário ou cliente de tal serviço; e / (B) somente para o propósito de fornecer armazenagem ou serviços de processamento de computador para usuário ou cliente, se o provedor não for autorizado ao acesso de conteúdo de quaisquer das comunicações para o propósito de prestar qualquer serviço que não seja a armazenagem ou processamento de computador; e / (3) um provedor de serviço remoto de computador ou serviço de comunicação eletrônica para o público não divulgará os dados ou outras informações pertencentes a um usuário ou cliente de tal serviço (não incluindo o conteúdo das comunicações previstas nos parágrafos (1) e (2) para entidades governamentais).

Trata-se de lei percussora ao abordar, especificamente, os provedores de serviços de internet, isentando-os de responsabilidades cabíveis somente aos usuários, como claramente determinado seu art. 230, C (1).

(1) no provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider .³⁷

Por sua vez, a mesma norma no art. 230, E (3) define provedor de conteúdo de informação como:

any person or entity that is responsible, in whole or in part, for the creation or development of information provided through the Internet or any other interactive computater service.³⁸

Marcel Leonardi analisa a amplitude da norma, destacando o seu contexto de aplicação para cada tipo de provedor e, principalmente, seu caráter exagerado, ao isentar os provedores de qualquer responsabilidade, até mesmo em caso de ciência de condutas danosas.

A redação de tal seção cria uma isenção de responsabilidade para os provedores de serviços considerados como meros intermediários, ou seja, para aqueles que apenas disponibilizam informações de terceiros. Aplica-se, dessa forma, aos provedores de *backbone*, de acesso, de correio eletrônico e de hospedagem. Com relação aos provedores de conteúdo, também terá aplicação quando estes não tenham exercido controle editorial prévio sobre a informação disponibilizada por outros provedores de conteúdo.

[...]

Nota-se, facilmente, o exagero da proteção outorgada pela lei norte-americana aos provedores de serviços considerados como intermediários, os quais são isentos de responsabilidade pelo conteúdo ofensivo de terceiros em qualquer hipótese, ainda que plenamente cientes do evento danoso.

O entendimento do tribunal norte-americano bem demonstra que o provedor não tem qualquer obrigação de remover conteúdo considerado difamatório

³⁷ Tradução livre: Nenhum provedor ou usuário de serviço interativo de computador deverá ser tratado como se divulgador ou autor fosse de qualquer informação disponibilizada por provedores de conteúdo de informação.

³⁸ Tradução livre: Qualquer pessoa ou entidade que é responsável, no todo ou em parte, pela criação ou desenvolvimento de informação disponibilizada através da internet ou outro serviço informático interativo de computador.

mediante simples notificação do lesado, sendo necessário, para tanto, ação judicial específica.

2.2. Normas da CE

Destacam-se, por apresentarem disposições relevantes acerca dos provedores de internet e manutenção de dados de usuários, as Directivas da CE de números 2000/31, 2002/58 e 2006/34, assim como a Convenção de Budapeste sobre Cibercrime de 2001. Certo é que o enfoque de cada uma delas é distinto, como se verá separadamente.

2.2.1. Directiva 2000/31

Assinada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Européia em 08 de junho de 2000, sendo também denominada Directiva sobre comércio eletrônico, visa nortear aspectos legais do comércio virtual em geral, mas dispõe também sobre aspectos gerais das relações telemáticas e até mesmo em determinadas questões específicas dos provedores de internet.

Apresenta, igualmente, considerações preambulares de aspectos gerais e também específicas sobre todos os temas que abrange.

Justifica-se, por seu considerando No. 5, como uma forma de garantir o desenvolvimento social e de regularizar divergências legislativas e jurisprudenciais para o devido funcionamento do comércio por meio da internet.

(5) O desenvolvimento dos serviços da sociedade da informação³⁹ na Comunidade é entevado por certo número de obstáculos legais ao seu bom funcionamento do mercado interno, os quais, pela sua natureza, podem tornar menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços. Esses obstáculos advêm da divergência das legislações, bem como da insegurança jurídica dos regimes nacionais aplicáveis a esses serviços. Na falta de coordenação e de ajustamento das várias legislações nos domínios em

³⁹ Nota do Autor: o termo sociedade de informação se trata de expressão portuguesa para denominar internet.

causa, há obstáculos que podem ser justificados à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. (...)

Ainda preambularmente, especificamente aos provedores de internet, destacam-se os Considerandos de No. 42, No. 45, No. 46, No. 47 e No. 48. Partindo-se ao primeiro considerando mencionado:

(42) As isenções de responsabilidade estabelecidas na presente directiva abrangem exclusivamente os casos em que a actividade da sociedade da informação exercida pelo prestador de serviços se limita ao processo técnico de exploração e abertura do acesso a uma rede de comunicação na qual as informações prestadas por terceiros são transmitidas ou temporariamente armazenadas com o propósito exclusivo de tornar a transmissão mais eficaz. Tal actividade é puramente técnica, automática e de natureza passiva, o que implica que o prestador de serviços da sociedade da informação não tem conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem o controlo desta.

Mencionado item terá grande aplicabilidade em conjunto com os artigos da Seção 4, da Responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, ou seja, o intervalo dos artigos 12 ao 16. Claro é que o considerando No. 42 já destaca a ausência de controle do provedor para garantir que não será o mesmo responsável por seu conteúdo. Passemos aos demais considerandos.

(45) A delimitação da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços, fixada na presente directiva, não afecta a possibilidade de medidas inibitórias de diversa natureza. Essas medidas podem consistir, designadamente, em decisões judiciais ou administrativas que exijam a prevenção ou a cessão de uma eventual infracção, incluindo a remoção de informações ilegais, ou tornando impossível o acesso a estas.

(46) A fim de se beneficiar de uma delimitação de responsabilidade, o prestador de um serviço da sociedade da informação, que consista em armazenagem de informação, a partir do momento em que tenha conhecimento efectivo da ilicitude, ou tenha sido alertado para esta, deve proceder com diligência no sentido de remover as informações ou impossibilitar o acesso a estas. A remoção ou impossibilitação de acesso têm de ser efectuadas respeitando o princípio da liberdade de expressão. A presente directiva não afecta a possibilidade de os Estados-Membros fixarem requisitos específicos que tenham de ser cumpridos de forma expedita, previamente à remoção ou à impossibilitação de acesso à informação.

(47) Os Estados-Membros só estão impedidos de impor uma obrigação de vigilância obrigatória dos prestadores de serviços em relação a obrigações de

natureza geral. Esse impedimento não diz respeito a obrigações de vigilância em casos específicos e, em especial, não afecta as decisões das autoridades nacionais nos termos das legislações nacionais.

(48) A presente directiva não afeta a possibilidade de os Estados-Membros exigirem dos prestadores de serviços, que acolham informações prestadas por destinatários dos seus serviços, que exerçam deveres de diligência que podem razoavelmente esperar-se deles e que estejam especificados na legislação nacional, no sentido de detectarem e prevenirem determinados tipos de actividades ilegais.

De extrema relevância estes considerandos para analisar como a isenção de responsabilidade dos provedores de serviços de hospedagem é tida como uma regra e que esta não será aplicável quando o provedor tiver conhecimento da informação, ou tendo sido notificado de seu conteúdo, não tomar medidas cabíveis para o devido controle dos dados.

Já quanto aos artigos, merecem destaque os de números 12.1; 14.1 e 15.1. Vejamos.

Artigo 12º

Simple transporte

1. No caso de prestações de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço ou em facultar o acesso a uma rede de comunicações, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador não possa ser invocada no que respeita às informações transmitidas desde que o prestador:

- a) Não esteja na origem da transmissão;
- b) Não seleccione o destinatário da transmissão; e
- c) Não seleccione nem modifique as informações que são objecto da transmissão.

Pelas disposições do artigo 12 da directiva 2000/31, uma vez que o provedor de hospedagem não é o emissor da informação, não selecciona a quem serão destinados os dados e não possui controle sobre o conteúdo, não o podendo modificar, fica marcado que não poderá haver responsabilidade do provedor de serviços de hospedagem na internet por atos de terceiros.

Assim, manifesta-se Marcel Leonardi que “o objetivo de tal artigo é estabelecer a ausência de responsabilidade de um provedor de serviços toda vez que a atividade por ele

exercida possa ser considerada como simples transmissão de dados, sem qualquer interferência ou controle sobre tais dados”.⁴⁰

Especificamente quanto aos provedores de serviços de hospedagem, segue o 14º artigo da directiva.

Artigo 14º

Armazenagem em servidor

1. Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador de serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que:

- a) O prestador não tenha conhecimento efectivo da actividade ou informação ilegal e, no que se afere a uma acção de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a actividade ou informação ilegal, ou
- b) O prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, actue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

Mais uma vez, clara evidência de que o provedor de hospedagem não é diretamente o responsável pelas informações, mas o seria somente se delas tivesse conhecimento e nada tenha feito no sentido de manter seu controle.

Artigo 15º

Ausência da obrigação geral de vigilância

1. Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12º, 13º e 14º, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiciem ilicitude.

Conclusivamente, é ainda disposto que não caberá aos provedores de serviços de hospedagem de internet, denominados com a expressão portuguesa por prestadores de serviços de armazenagem, a verificação do conteúdo inserido pelos usuários.

⁴⁰ LEONARDI, Marcel, *op. cit.*, p. 36.

Neste sentido, deve ser ponderada a falta de razoabilidade em analisar o conteúdo inserido por terceiros. Desta forma, tais provedores não mais seriam meros hospedeiros, mas responsáveis pelo conteúdo e, ainda, a se considerar a enorme quantidade de material que pode ser detida por apenas um provedor, seria impossível sua análise completa.

Pertinente a manifestação de José Henrique Moreira Lima nesse sentido:

Em regra o material divulgado na home page não é de conhecimento do provedor. Ele pode ter mais de 10 mil home pages no seu disco rígido e não seria razoável exigir dele um conhecimento do conteúdo de todas elas.⁴¹

Por fim, saliente-se que a leitura do artigo 15 não excluirá, no entanto, a possibilidade de análise de notificações enviadas pelos usuários para a devida prevenção de atividades ilegais passíveis de prevenção, em atenção ao considerando No. 48, previamente mencionado.

2.2.2. Directiva 2002/58

Celebrada em 12 de julho de 2002, tem enfoque no tratamento de dados pessoais e a proteção da privacidade no meio das comunicações eletrônicas, assim, foi denominada Directiva relativa à privacidade e às comunicações eletrônicas.

Possui, em seus considerandos de fundamentação, razoável ponderação sobre o panorama atual das relações travadas pela internet e a devida adequação aos padrões de privacidade, principalmente no considerando No. 06.

(6) A internet está a derrubar as tradicionais estruturas do mercado, proporcionando uma infra-estrutura mundial para o fornecimento de uma vasta gama de serviços de comunicações eletrônicas. Os serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis através da internet abrem novas possibilidades aos utilizadores, mas suscitam igualmente novos riscos quanto aos seus dados pessoais e à sua privacidade.

⁴¹ LIMA, José Henrique Moreira *apud* BLUM, Renato M. S. Opice; Internet e os Tribunais *in* Direito Eletrônico, a Internet e os Tribunais, São Paulo, Ed. Edipro 2001, p 332.

Assim como as demais directivas, possui artigos de aplicação imediata aos provedores de serviços de hospedagem de internet, quanto à divulgação dos dados pessoais dos usuários. São relevantes para o presente trabalho os artigos 5.1 e 15.1, que se passa a analisar.

Artigo 5º

Confidencialidade das comunicações

1. Os Estados-Membros garantirão, através de sua legislação nacional, a confidencialidade das comunicações e respectivos dados de tráfego realizadas através de redes públicas de comunicações e de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis. Proibirão, nomeadamente, a escuta, a instalação de dispositivos de escuta, o armazenamento ou outras formas de interceptação ou vigilância de comunicações e dos respectivos dados de tráfego por pessoas que não os utilizadores, sem o consentimento dos utilizadores em causa, excepto quando legalmente autorizados a fazê-lo de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 15.º (...)

Artigo 15º

Aplicação de determinadas disposições da Directiva 95/46/CE

1. Os Estados-Membros podem adoptar medidas legislativas para restringir o âmbito dos direitos e obrigações previstos nos artigos 5.º e 6.º, nos n.ºs 1 a 4 do artigo 8.º e no artigo 9º ⁴² da presente directiva sempre que essas restrições constituam uma medida necessária, adequada e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar a segurança nacional (ou seja, a segurança do Estado), a defesa, a segurança pública, e a prevenção, a investigação, a detecção e a repressão de infracções penais ou a utilização não autorizada do sistema de comunicações electrónicas, (...)

Compreende-se pela leitura destes artigos que o provedor de serviço de hospedagem de internet não deverá ser compelido à divulgação dos dados dos seus usuários para que seja preservada sua privacidade. Tal quebra de sigilo de dados poderá ser determinada em prol da manutenção da defesa de infrações penais e utilização indevida da rede.

2.2.3. Directiva 2006/34

⁴² Nota do Autor: tratam os artigos citados dos itens relacionados à confidencialidade das comunicações, aos dados de tráfego e identificação de linha de chamada e conexão.

Finalmente, a directiva de 15 de março de 2006 dispõe de forma absolutamente específica sobre a conservação de dados gerados ou tratados no contexto de oferta de serviços de comunicações eletrônicas e ainda altera a Directiva 2002/58.

Seu enfoque demonstra, principalmente, a preocupação com a eventual impunidade decorrente de infrações penais através da internet, da proliferação do crime organizado, até mesmo do terrorismo e a necessidade de uniformizar a legislação a respeito da conservação de dados, como se vê pelos considerados No. 05, No. 08, No. 10, No. 11 e No. 17.

(5) Vários Estados-Membros aprovaram legislação relativa à conservação de dados pelos fornecedores de serviços tendo em vista a prevenção, investigação, detecção e repressão de infrações penais. As disposições das diferentes legislações nacionais variam consideravelmente.

(8) Na sua Declaração de 25 de Março de 2004 sobre a luta contra o terrorismo, o Conselho Europeu encarregou o Conselho de proceder à análise de propostas relativas ao estabelecimento de regras sobre a conservação de dados de tráfego das comunicações pelos prestadores de serviços.

(10) Em 13 de Julho de 2005, na sua Declaração condenando os ataques terroristas em Londres, o Conselho reafirmou a necessidade de aprovar o mais rapidamente possível medidas comuns relativas à conservação de dados de telecomunicações.

(11) Tendo em consideração a importância dos dados de tráfego e dos dados de localização para a investigação, detecção e repressão de infrações penais, é necessário, como os trabalhos de investigação e a experiência prática em vários Estados-Membros o demonstram, garantir a nível europeu a conservação durante um determinado período dos dados gerados ou tratados, no contexto da oferta de comunicações, pelos fornecedores de serviços de comunicação eletrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações, nas condições previstas na presente directiva.

(17) É essencial que os Estados-Membros tomem medidas legislativas para assegurar que os dados conservados por força da presente directiva apenas sejam transmitidos às autoridades nacionais competentes em conformidade com a legislação nacional e no pleno respeito dos direitos fundamentais das pessoas em causa.

De forma percussora, além de especificar seu objeto, estabelece em seus artigos, de forma coordenada, instruções a respeito da obrigação de conservação de dados, os dados que deverão ser conservados no âmbito da internet e ainda a determinação de período para conservação dos dados.

Delimita-se o objeto da directiva por seu artigo 1.1, em total conformidade aos itens já previamente destacados dos seus considerandos.

Artigo 1º

Objecto e âmbito de aplicação

1. A presente directiva visa harmonizar as disposições dos Estados-Membros relativas às obrigações dos fornecedores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações em matéria de conservação de determinados dados por eles gerados ou tratados, tendo em vista garantir a disponibilidade desses dados para efeitos de investigação, de detecção e de repressão de crimes graves, tal como definidos no direito nacional de cada Estado-Membro.

Quanto à obrigação de conservação de dados, derrogará as disposições da Directiva 2002/58, uma vez que contem disposições específicas de conservação e controle de dados, mais abrangentes que as normas da directiva anterior. Observemos o artigo 3.1 da Directiva 2006/24.

Artigo 3º

Obrigação de conservação de dados

1. Em derrogação aos artigos 5º, 6º e 9º da Directiva 2002/58/CE, os Estados-Membros devem tomar medidas para garantir a conservação, em conformidade com as disposições da presente directiva, dos dados especificados no artigo 5º da presente directiva, na medida em que sejam gerados ou tratados no contexto da oferta dos serviços de comunicações em causa por fornecedores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou em uma rede pública de comunicações quando estes fornecedores estejam sob a sua jurisdição.

Prosseguindo, será observado pelo artigo 5º, as especificidades dos dados de necessária conservação relacionadas à comunicação eletrônica dos itens 5.1.a.2, 5.1.c.2 e 5.1.e.3:

Artigo 5º

Categoria de dados a conservar

1. Os Estados-Membros devem assegurar a conservação das categorias de dados seguintes em aplicação da presente directiva:

a) Dados necessários para encontrar e identificar a fonte de uma comunicação:
(...)

2) no que diz respeito ao acesso à internet, ao correio electrónico através da internet e às comunicações telefónicas através da internet:

(i) o(s) código(s) de identificação atribuído(s) ao utilizador.

(ii) o código de identificação do utilizador e o número de telefone atribuídos a qualquer comunicação que entre na rede telefónica pública.

(iii) o nome e o endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP, o código de identificação de utilizador, ou o número de telefone estavam atribuídos no momento da comunicação;
(...)

c) Dados necessários para identificar a data, a hora e a duração de uma comunicação:
(...)

2) no que diz respeito ao acesso à internet ao correio electrónico através da internet e às comunicações telefónicas através da internet:

(i) a data e a hora do início (*log-in*) e do fim (*log-off*) da ligação ao servidor de acesso à internet com base em determinado fuso horário, juntamente com o endereço do protocolo IP, dinâmico ou estático, atribuído pelo fornecedor do serviço de acesso à internet a uma comunicação, bem como o código de identificação de utilizador do subscritor ou do utilizador registado.
(...)

e) Dados necessários para identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores, ou o que se considera seu equipamento:
(...)

3) No que diz ao acesso à internet, ao correio electrónico através da internet e às comunicações telefónicas através da internet:

(i) o número de telefone que solicita o acesso por linha telefónica,

(ii) a linha de assinante digital (<<*digital subscriber line*>>, ou DSL), ou qualquer outro identificador terminal do autor da comunicação;

Continuando, observem-se ainda os artigos 6º e 12.1 da directiva, que devem ser lidos conjuntamente por tratarem do período de conservação dos dados previamente mencionados no artigo 5º.

Artigo 6º

Período de conservação

Os Estados-Membros devem assegurar que as categorias de dados referidos no artigo 5º sejam conservadas por períodos não inferiores a seis meses e não superiores a dois anos, no máximo, a contar da data da comunicação.

Artigo 12º

Medidas futuras

1. Um Estado-Membro que tenha de fazer face a circunstâncias especiais que justifiquem a prorrogação, por um prazo limitado, do período máximo de conservação previsto no artigo 6º, pode adoptar as medidas necessárias. O Estado-Membro em questão deve notificar imediatamente a Comissão e informar os restantes Estados-Membros das medidas adoptadas ao abrigo do presente artigo e deve indicar as razões que o levaram a adoptá-las.

Ou seja, os membros da CE deverão respeitar o lapso temporal de conservação de dados determinados pela directiva, salvo relevantes exceções que possam ser justificadas perante a Comissão da CE.

Por fim, é simples notar que em todos os momentos tais dados para conservação são impostos para acesso à internet, de correio eletrónico e comunicações telefónicas, ou seja, são responsabilidades dos provedores de acesso, provedores de e-mail e empresas de telefonia. Não são efetivamente imposições para os meros provedores de hospedagem na internet, não possuidores de ingerência nesse respeito.

2.2.4. Convenção de Budapeste sobre Cibercrime de 2001

Trata-se de uma convenção internacional que contou com todos os Estados membros da CE e ainda com África do Sul, Canadá, EUA, Japão e Montenegro como signatários. Ainda que tenha, evidentemente, um enfoque criminal, não é menos relevante sua análise, uma vez que contém diversas definições técnicas – possui até mesmo um capítulo próprio para destaque de terminologias – e ainda estabelece diversas responsabilidades com aplicabilidade extensiva ao âmbito civil. Estas, como se verá em momento oportuno, nortearão projetos de lei brasileiros posteriores à assinatura da convenção.

A preocupação com a possibilidade de expansão de práticas telemáticas ilícitas em virtude do desenvolvimento e crescente utilização da Internet é expressa de forma clara pelos Estados signatários, que destacam a necessidade de considerar a manutenção de dados necessários para a identificação daqueles que violarem o direito através dos sistemas digitais.

Para melhor compreensão, extraem-se relevantes parágrafos do preâmbulo da convenção em estudo:

Conscientes das profundas mudanças provocadas pela digitalização, pela convergência e pela globalização permanente das redes informáticas;

Preocupados com o risco de que as redes informáticas e a informação electrónica sejam igualmente utilizadas para cometer infracções criminais e de que as provas dessas infracções sejam armazenadas e transmitidas através dessas redes;

Reconhecendo a necessidade de uma cooperação entre os Estados e a indústria privada no combate à cibercriminalidade, bem como a necessidade de proteger os interesses legítimos ligados ao uso e desenvolvimento das tecnologias da informação;

Acreditando que uma luta efectiva contra a cibercriminalidade requer uma cooperação internacional em matéria penal acrescida, rápida e eficaz;

Convictos de que a presente Convenção é necessária para impedir os actos praticados contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos, de redes e dados, assegurando a incriminação desses comportamentos tal como descritos na presente Convenção, e a adopção de poderes suficientes para combater eficazmente essas infracções, facilitando a detecção, a investigação e o procedimento criminal relativamente às referidas infracções, tanto ao nível nacional como internacional, e estabelecendo disposições materiais com vista a uma cooperação internacional rápida e fiável;

Em seu primeiro capítulo, de título “Terminologia”, define o que considera por sistema informático, dados informáticos, fornecedor de serviço e dados de tráfego. Destacam-se, com maior relevância, os dois últimos itens, a ser ver que a figura do provedor de serviço de hospedagem estará contida como um fornecedor de serviço, que terá, portanto, responsabilidades específicas a respeito dos dados de tráfego de seus usuários.

Capítulo I – Terminologia

Artigo 1º - Definições

Para os fins da presente Convenção:

[...]

c) “Fornecedor de serviço” significa:

(i) Qualquer entidade pública ou privada que faculte aos utilizadores dos seus serviços a possibilidade de comunicar por meio de um sistema informático e

(ii) Qualquer outra entidade que processe ou armazene dados informáticos em nome do referido serviço de comunicação ou dos utilizadores desse serviço.

d) “Dados de tráfego” significa todos os dados informáticos relacionados com uma comunicação efectuada por meio de um sistema informático, gerados por este sistema como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando a origem da comunicação, o destino, o trajecto, a hora, a data, o tamanho, a duração ou o tipo de serviço subjacente.

Note-se que não se incluem como dados de tráfego os dados privados de usuários, tais como endereço ou nome. A responsabilidade dos provedores de serviço sobre dados, como será visto a seguir com a análise dos artigos da convenção, está adstrita à manutenção especificamente dos dados de tráfego, como especificamente determinado pela norma. Neste sentido vejamos os artigos 16, itens 1 e 2 e 17.1 com grifos de destaques:

Artigo 16º - Conservação expedita de dados informáticos armazenados

1. Cada Parte adoptará as **medidas** legislativas e outras que se revelem necessárias **para permitir às suas autoridades competentes exigir ou obter de uma outra forma a conservação expedita de dados informáticos específicos, incluindo dados relativos ao tráfego**, armazenados por meio de um sistema informático, nomeadamente nos casos em que existem motivos para pensar que os mesmo são susceptíveis de perda ou alteração.

2. Sempre que a Parte aplique o disposto no nº 1, através de uma injunção ordenando a uma pessoa que conserve os dados informáticos específicos armazenados que estão na sua posse ou sob o seu controlo, esta Parte adoptará as **medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para obrigar essa pessoa a conservar e proteger a integridade dos referidos dados** durante um período de tempo tão longo quanto necessário, **até um máximo de 90 dias**, de modo a permitir às autoridades competentes obter a sua divulgação. Uma Parte pode prever que essa injunção seja subsequenteiramente renovada.

Artigo 17º - Conservação expedita e divulgação parcial de dados de tráfego

1. A fim de assegurar a **conservação de dados relativos ao tráfego** em aplicação do artigo 16º, cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para:

a) Assegurar a conservação rápida desses dados de tráfego, quer tenham participado na transmissão dessa comunicação um ou vários fornecedores de serviços; e

b) Assegurar a divulgação rápida à autoridade competente da Parte ou a uma pessoa designada por essa autoridade, de uma **quantidade de dados de tráfego, suficiente para permitir a identificação dos fornecedores de serviços** e da via através do qual a comunicação foi efectuada.

Ademais, também não é imputado que será do provedor a responsabilidade de proceder com a identificação, mas meramente fornecer dados que permitam tal ação.

Resumidamente, temos a Convenção de Budapeste para Cibercrimes estipulando deveres para todos os provedores de serviços, assim como hipóteses de novos tipos penais - que não serão objeto por si deste trabalho – sendo certo que há clara repercussão em responsabilidade civil quanto à obrigação e ao tempo de manutenção dos dados de tráfego dos usuários dos serviços na internet.

3. AS RESPONSABILIDADES DO PROVEDOR DE SERVIÇO DE HOSPEDAGEM NO BRASIL

O Brasil ainda carece de posicionamento cediço a respeito das relações telemáticas. As posições do legislativo não passam de projetos de leis que corroboram apenas em parte com a esparsa doutrina existente.

Mencionada doutrina, por sua vez, não encontra, facilmente, a pacificação da aplicabilidade dos conceitos de responsabilidade subjetiva ou objetiva dos provedores de serviços de hospedagem de internet pelos atos praticados por terceiros.

Vejamos, portanto, de forma sucinta, relevantes artigos de projetos de lei que dispõem sobre responsabilidade dos provedores de serviço de hospedagem de internet e, em seqüência, a doutrina brasileira.

3.1. Projetos de Lei

3.1.1. PL 4.906/01

Datado de 26 de setembro de 2001, de autoria do deputado federal Lúcio Alcântara do PSDB/CE, este projeto reuniu os projetos de lei No. 1.484/99 do deputado Dr. Hélio do PDT/SP, versando sobre fatura eletrônica, assinatura digital e medidas gerais para o comércio eletrônico, o projeto de lei No. 6.965/02 do deputado José Carlos Coutinho do PFL/RJ sobre valor jurídico de documentos digitalizados e o projeto de lei No. 7.093/02, do deputado Ivan Paixão do PPS/SE, a respeito de correspondência eletrônica comercial.

Possui relevância ao presente trabalho por dispor sobre provedores de serviços de internet, incluindo o uso de informação de terceiros relacionados aos serviços prestados pelos citados provedores. Apesar do pedido de urgência de análise feito formalmente em dezembro de 2001 pelos deputados federais Inocêncio Oliveira, então líder do bloco PFL/PST; Miro Teixeira, ora

líder do bloco PDT/PPS; Jutahy Júnior, como líder do PSDB; Roberto Jefferson, como líder do PTB; Professor Luizinho, na qualidade de líder do PT; e Mendes Ribeiro Filho, como líder do PMDB, o projeto permanece na mesa diretora da Câmara dos Deputadas, pronto para a ordem do dia.

Destaca-se primeiramente a leitura do art. 35 do projeto de lei em análise.

Art. 35 O provedor que forneça serviços de conexão ou transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente, não será responsável pelo conteúdo das informações transmitidas.

Complementarmente, vejamos o artigo 37, versando sobre a isenção de responsabilidade do provedor que não exerce controle de conteúdo. Adicionalmente, o artigo subsequente prevê uma exceção de isenção de responsabilidade, como se verá a seguir.

Art. 37 O provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações ao ofertante ou ao adquirente não será obrigado a vigiar ou fiscalizar o conteúdo das informações transmitidas.

Art. 38 Responde civilmente por perdas e danos, e penalmente por co-autoria do delito praticado, o provedor de serviço de armazenamento de arquivos que, tendo conhecimento inequívoco de que a oferta de bens, serviços ou informações constitui crime ou contravenção penal, deixar de promover sua imediata suspensão ou interrupção de acesso por destinatários, competindo-lhe notificar, eletronicamente ou não, o ofertante, da medida adotada.

Os artigos citados estão em perfeita consonância com de leis de outros países, como a Alemanha, a se ver pelo que colaciona Timothy Casey.

Germany has passed a number of laws that make it clear that Server hosting does not oblige the ISP to control the content hosted unless the ISP has positive knowledge of illegal content (such as child pornography), in which case the ISP is obliged to act.

Likewise, Singapore and Austrália have recently adopted legislation that restricts pornography and other offensive content on the Internet. The complaint-based laws require ISPs to either offer filtered services with filtering software to customers or block illegal sites on unfiltered services when provided with a notice.⁴³

⁴³ CASEY, Timothy; ISP Liability Survival Guide: strategies for managing copyright, spam, cache and privacy regulations, Willey, New York, 2000, p.135-136. Tradução livre: A Alemanha editou algumas leis que deixam claro que a hospedagem não obriga o provedor de serviços de Internet a controlar o conteúdo hospedado a menos que o

Encontra-se ainda adequado à parte da doutrina que discorre sobre a forma de responsabilidade solidária em hipótese de ciência de práticas ilícitas em ambiente telemático.

Vejamos:

A responsabilidade civil por atos de usuários e terceiros encontra equilíbrio em um sistema que atribua responsabilidade solidária aos provedores em caso de dolo ou negligência, quando deixam de cumprir seus deveres (e tornam assim impossível a identificação do efetivo responsável pelo ato ilícito) ou, ainda, quando colaboram pra sua prática ou deixam de bloquear o acesso à informação ilegal, após terem sido cientificados de sua existência.⁴⁴

No entanto, embora de clara bonança, resta impreciso o artigo 38 ao prever que o provedor será responsável em hipótese de “conhecimento inequívoco” de conduta ilícita. Vê-se que o intuito do legislativo é reprimir a conduta ilícita e, ainda assim, manter a aplicabilidade da dinâmica virtual.

É completamente aplicável, como hipótese de negligência do provedor, a ciência de uma conduta imprópria sem sua participação de forma colaborativa, no que estiver ao seu alcance, para o bloqueio das informações impróprias ou até mesmo a busca de dados do agente. O cerne está em como caracterizar o conhecimento inequívoco. Seu termo é abstrato. Desta forma é impossível determinar se este se dá com mera notificação virtual, se por citação, se por carta com aviso de recebimento a ser enviada por quem se ofende com o material, se apenas por decisão judicial, por manifestação do Ministério Público, dentre outras possibilidades. Uma vez que se trata de uma responsabilização, adequado seria haver previsão legal específica do modo que a mesma se inicia.

3.1.2. Parecer Substitutivo aos PLS 76/2000, PLS 137/2000 e PLC 89/2003

provedor de serviços de Internet tenha positivamente conhecimento do conteúdo ilegal (como pornografia infantil), em cuja situação ele estará obrigado a agir. Similarmente, Singapura e Austrália recentemente adotaram legislação que restringe pornografia e outros conteúdos ofensivos na Internet. As leis baseadas em queixas requerem dos provedores de serviços de Internet que ou ofereçam serviços filtrados com software de filtragem a clientes ou bloqueiem sites ilegais em serviços não filtrados quando recebam uma notificação.

⁴⁴ LEONARDI, Marcel, *op. cit.*, p. 76

Trata-se de Parecer Substitutivo de autoria do Senador Eduardo Azeredo aos PLS 76/2000 de autoria do Senador Renan Calheiros, PLS 137/2000 do Senador Leomar Quintanilha e PLC 89/2003 do Deputado Luiz Pihauylino, datado de 20 de junho de 2006. Tem como matéria a inclusão de novos tipos penais no Código Penal (CP) e no Código Penal Militar (CPM) relacionados a condutas realizadas mediante o uso da internet.

Com este escopo pretende-se inserir, dentre outros, os artigos 154-D, 155-E e 155-F ao CP para tipificação de condutas ilícitas relacionadas à manutenção de dados de usuários e de tráfego virtual. Tais artigos encontravam ainda seus equivalentes no CPM através dos artigos 339-D, 339-E e 339-F do mencionado diploma legal.

Em preâmbulo, é explicitada a necessidade de evitar o anonimato em relações telemáticas, assim como a necessidade de manter em perfeito estado os dados referentes às comunicações travadas pela internet. Selecionam-se como de relevante leitura os seguintes trechos contidos em parcela explicativa do parecer substitutivo.

Recentemente em Audiência Pública sobre o PLS No. 279 de 2003, do qual também sou relator, de autoria do nobre Senador Delcídio Amaral e que propõe a criação de um cadastro de titulares de correios eletrônico na internet, ficou evidente que, para fins de investigação, é necessário estabelecer um prazo legal de armazenamento dos dados de conexões e comunicações realizadas pelos equipamentos componentes da internet, o que será feito pelos seus provedores de acesso. Os serviços de telefonia e transmissão de dados mantêm por cinco anos os dados de conexões e chamadas realizadas por seus clientes para fins judiciais, mas na internet brasileira inexistem procedimento análogo.
[...]

Há apenas uma recomendação do Comitê Gestor da Internet Brasil (CGIBr) aos provedores nacionais: que mantenham, por no mínimo três anos, os dados de conexões e comunicações e comunicações realizadas por seus equipamentos – a saber identificação dos endereços de IP (protocolo de internet) do remetente e do destinatário da mensagem, bem como a data e horário e término da conexão, sem registrar o conteúdo da mensagem, preservando assim o sigilo da comunicação. É clara a necessidade de se transformar tal recomendação em imposição legal, razão por que apresentamos a inclusão no Código Penal do art. 154-E conforme o art 2º do substitutivo.

Em consideração, passe-se a análise do art. 2º do substitutivo, em especial às inclusões dos artigos 154-C III, 154-D, 154-E e 154-F.

Dispositivo de comunicação, sistema informatizado, identificação de usuário e autenticação de usuário

Art. 154-C. Para os efeitos penais, considera-se:

[...]

III – identificação de usuário: os dados de nome de acesso, senha criteriosa, nome completo, filiação, endereço completo, data de nascimento, número da carteira de identidade ou equivalente legal, que sejam requeridos no momento do cadastramento de um novo usuário de dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Divulgação de informações depositadas em banco de dados

Art. 154-D. Divulgar, ou tornar disponíveis, para finalidade distinta daquela que motivou a estruturação do banco de dados, informações privadas referentes, direta ou indiretamente, a dados econômicos de pessoas físicas ou jurídicas, ou a dados de pessoas físicas referentes a raça, opinião política, religiosa, crença, ideologia, saúde física ou mental, orientação sexual, registros policiais, assuntos familiares ou profissionais, além de outras de caráter sigiloso, salvo por decisão da autoridade competente, ou mediante expressa anuência da pessoa a que se referem, ou de seu representante legal.

Pena – detenção, de um a dois anos, e multa.

Parágrafo único: A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se vale de anonimato, de nome suposto ou da utilização de identidade de terceiros para a prática de divulgação.

Dados de conexões e comunicações realizadas

Art. 154-E. **Deixar de manter, aquele que torna disponível o acesso a rede de computadores, os dados de conexões e comunicações** realizadas por seus equipamentos, aptas à identificação do usuário, endereços eletrônicos de origem e destino no transporte dos registros de dados e informações, data e horário de início e término da conexão, incluindo protocolo de internet ou mecanismo de identificação equivalente, **pelo prazo de cinco anos**.

Pena – detenção, de dois a seis meses, e multa.

Permitir acesso por usuário não identificado e não autenticado

Art. 154-F. Permitir, aquele que torna disponível o acesso a rede de computadores, a usuário, sem a devida identificação e autenticação, qualquer tipo de acesso ou uso pela rede de computadores.

Pena – detenção, de um a dois anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre, o responsável por provedor de acesso a rede de computadores, que deixa de exigir, como condição de acesso à rede, a necessária, identificação e regular cadastramento do usuário.

O artigo 154-D encontra-se perfeitamente adequado às atuais medidas práticas de preservação da privacidade dos usuários de serviços de internet, no entanto, os demais artigos

são alvo de severas críticas por entidades de relevante expressão no setor da tecnologia da informação.

Questiona-se principalmente o excesso de burocratização da internet ao impor identificação deveras detalhada dos usuários, sendo certo que está já é possível pelos meios existentes, qual seja através da utilização de IP. Ademais, escapar de tal medida seria ato extremamente fácil, uma vez que os serviços de provedores podem ser prestados por entes estrangeiros não submetidos à jurisdição brasileira.

Muito acertadamente destacou Elvira Lobato em reportagem veiculada através da Folha Online:

Os provedores de acesso à internet argumentam que o projeto vai burocratizar o uso da rede e que já é possível identificar os autores de cibercrimes, a partir do registro do IP (protocolo internet) utilizado pelos usuários quando fazem uma conexão. O número IP é uma espécie de “digital” deixada pelos internautas. A partir dele, chega-se ao computador e, por conseguinte, pode-se chegar a um possível criminoso.

“É uma tentativa extrema de se resolver a criminalidade cibernética, que não surtirá efeito. O criminoso vai se conectar por meio de provedores no exterior, que não se submetem à legislação brasileira, ou usará laranjas [terceiros] e identidade falsa no Brasil”, afirma o presidente da ONG Safernet (Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos), Thiago Tavares. A entidade é dirigida por professores da Universidade Federal da Bahia e da PUC daquele Estado.

Para Tavares, o projeto, se aprovado, irá burocratizar e restringir o acesso à internet. “Não se pode acabar com a rede, em nome da segurança, porque ela nasceu com a perspectiva de ser livre e trouxe conquistas muito grandes, como a liberdade de informação e de conexão”, afirma.⁴⁵

Ainda, em outra declaração da Safernet, ao comparar o projeto brasileiro com a Convenção de Cibercrimes de Budapeste, destaca que a convenção, em seu artigo 17, determina que os fornecedores assegurem “uma quantidade de dados de tráfego suficiente para permitir a identificação dos fornecedores de serviços”. Ou seja, não se trata dos dados do usuário, mas apenas os que tornem possível rastrear a sua navegação na internet.⁴⁶

⁴⁵ LOBATO, Elvira; Folha Online; Projeto quer controlar acesso à internet, <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20908.shtml>>, acesso em 08.07.2008

⁴⁶ SaferNet Brasil – Observatório do Congresso Nacional: O PL do Sem. Eduardo Azeredo e a Convenção contra o Cibercrime; <<http://www.safernet.org.br/twiki/bin/view/Colaborar/PLSAzeredoXConvencaoCibercrime>>, acesso em 08.07.2008.

A respeito do novo art. 154-E, quanto ao prazo de armazenagem de dados, importante ressaltar que este originalmente era de 3 anos, em consonância, portanto, com o artigo 206 § 3º V do Código Civil:

Art. 206. Prescreve:
§ 3º Em três anos:
V - a pretensão de reparação civil;

Em sucessivas modificações do projeto, chegou-se ao prazo de 5 anos para armazenagem de dados de tráfego. A Safernet já se manifestara quanto ao prazo desde o momento em que se cogitava a armazenagem por 3 anos, comparando-o ao determinado pela Convenção de Budapeste.

O único prazo de guarda de dados estabelecido na Convenção de Cibercrime é de 90 dias, como prazo máximo (e não mínimo) para a guarda de dados informáticos. A posição defendida pelos provedores indica que a guarda por 3 (três) anos de todo e qualquer dado de conexão, incluindo e-mail e spam, gerará custos vultosos, que comprometeriam de forma significativa a atividade do setor. Alternativamente, os provedores consideram razoável o prazo geral de 6 (seis) meses e de 3 (três) anos para a guarda de dados específicos mediante solicitação de autoridades.

A Safernet Brasil, por outro lado, defende a preservação geral pelos dados pelos provedores por um prazo mínimo de 2 (dois) anos e máximo de 3 (três) anos, em conformidade com as práticas internacionais na Europa e nos EUA, e compatível com o ritmo das investigações e cumprimento de cartas rogatórias estrangeiras no Brasil.⁴⁷

Corrobora ainda com o prazo máximo de manutenção de dados pelo período de 3 anos, Marcel Leonardi, destacando o custo para armazenagem de grande volume de dados pelos provedores de internet.

O projeto ainda não foi definitivamente aprovado por ambas as casas legislativas, e, muito menos, chegou à Presidência da República. Assim sendo, temos apenas projetos e parecer a respeito da responsabilidade dos provedores de internet no Brasil.

⁴⁷ SaferNet Brasil – Observatório do Congresso Nacional: O PL do Sen. Eduardo Azeredo e a Convenção contra o Cibercrime, *op cit.*

3.2. A Responsabilidade Subjetiva x Responsabilidade Objetiva

Para a determinação de responsabilidade civil, certo é que se presume ocorrido um ato ilícito nos termos dos artigos 186 e 187 do Código Civil.

TÍTULO III Dos Atos Ilícitos

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Vê-se que a responsabilidade civil será, portanto, subjetiva mediante análise de um liame conector entre o ato ilícito praticado e a conduta do agente. Inversamente, a responsabilidade também poderá independer da conduta de um agente, quando determinada pessoa se torna objetivamente responsável pelos resultados de um ato, destaque-se, independentemente de qualquer relação conectora. Tal possibilidade é justificada pela teoria do risco, com base no art. 927 § único do CC.

TÍTULO IX Da Responsabilidade Civil

CAPÍTULO I Da Obrigação de Indenizar

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.

Considerável parcela do pensamento jurídico atual considera como sendo de grande relevância para a caracterização da responsabilidade dos provedores de serviços de hospedagem de internet a avaliação de consciência sobre o conteúdo por ele armazenado. A se ver que o provedor de serviço de hospedagem não faz análise prévia dos dados que garante alocação virtual, não se torna plausível sua responsabilidade sobre eles. Vejamos o que diz Patrícia Peck Pinheiro a esse respeito.

No Direito Digital, **a responsabilidade civil tem relação direta com grau de conhecimento requerido de cada prestador de serviço** e consumidor-usuário também. Nenhuma das partes pode alegar sua própria torpeza para se eximir de culpa concorrente em algumas hipóteses

Um dos pontos mais importante é o da responsabilidade pelo conteúdo. Considerando que é o conteúdo que atrai as pessoas para o mundo virtual e que ele deve estar submetido aos valores morais da sociedade e atender aos critérios de veracidade, **é importante determinar os limites de responsabilidade dos provedores**, dos donos de websites, das produtoras de conteúdo, dos usuários de e-mail e de todos os **que tenham de algum modo participação, seja em sua produção, seja em sua publicação.**⁴⁸

Como se vê, ela destaca a participação do provedor no conteúdo como requisito para análise de sua responsabilidade. Por sua vez, Tarcísio Teixeira, no mesmo sentido, ainda acrescenta e cita a compreensão do ilustre Demócrito Reinaldo Filho em obra “Responsabilidade por publicações na internet”⁴⁹:

A questão da responsabilidade do provedor ganha maior importância no que se refere à sua função de transmitir mensagens e/ou de locar espaços para hospedagem. Isso porque **seu conhecimento é limitado quanto aos conteúdos e informações que por ele são transmitidas (pelo envio e recebimento de e-mails) ou armazenadas (hospedagem de sites). É delicada a posição do provedor; sendo latente a complexidade de saber qual responsabilidade estabelecer a ele associada à dificuldade de localização de quem difundiu mensagens ou armazenou informações tidas como ilícitas.** O que pode levá-lo a tentação de exercer um “papel de censura”.⁵⁰

Demócrito Reinaldo Filho considera que a responsabilidade está no controle editorial, manifestada no poder sobre a informação, na decisão se publica ou não, se altera o seu conteúdo etc. Se o provedor mantém página de

⁴⁸ PINHEIRO, Patrícia Peck, *op. cit.*, p. 298.

⁴⁹ REINALDO FILHO, Demócrito; Responsabilidade por Publicações na Internet, Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 197/198.

⁵⁰ TEIXEIRA, Tarcísio, *op. cit.*, p. 165.

notícias ou informações editando-as, ele será responsável por elas, mas **se simplesmente permite que as mensagens sejam colocadas na internet, sem qualquer poder de controle editorial, não terá responsabilidade pelo conteúdo delas.**⁵¹

Adicionalmente, Tarcísio Teixeira também se manifesta destacando a impossibilidade de praticar a censura de material de terceiro e, de forma muito original, cria um exemplo prático correlacionado aplicável às relações físicas, como se vê abaixo:

O provedor de conteúdo, que loca espaço para hospedagem de informações ou de sites, ao ceder o uso de um espaço virtual, independentemente de ser remunerado ou não, em tese, não teria responsabilidade pelo conteúdo que o locatário resolveu disponibilizar na sua página eletrônica; até porque se for controlar tal conteúdo, poderá estar praticando censura.

Assemelha-se à situação do locador que, ao celebrar contrato com o inquilino, não precisaria manter constante vigilância sobre as ações deste. Se, por exemplo, o inquilino manusear artefatos explosivos dentro da casa, em regra, na caberia nenhuma responsabilidade para o locador.⁵²

Inversamente à subjetividade, na responsabilidade objetiva, intrinsecamente vinculada à teoria do risco, a responsabilização se dá independentemente de culpa. É observado que determinada atividade é reconhecida, por razões específicas, como arriscada, sendo a responsabilização aplicada de forma direta. Um dos maiores civilista brasileiros, Caio Mário da Silva Pereira, destaca que em regra a responsabilidade civil é veiculada a culpa, há de ter relação entre o resultado, entre o dano e uma conduta do agente responsabilizável.

Ainda, Caio Mário destaca que seria possível aplicar a teoria do risco quando o legislador expressar tais hipóteses em lei, exemplificando com o próprio art. 927 § único do CC e as relações regidas pelo CDC.⁵³

De forma muito acertada, Tarcísio Teixeira comenta a dificuldade em determinar uma atividade específica como de risco ou não. Sendo essa frágil e incerta determinação altamente relevante para eventual aplicação da teoria do risco.

Caberá à jurisprudência, com colaboração da doutrina, firmar o que significa atividade que implique, por sua natureza, risco para os direitos alheios, tendo

⁵¹ TEIXEIRA, Tarcísio *op.cit.*, p. 169.

⁵² *Loc. cit.*, p. 167.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil – Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 560.

em vista que, a princípio, grande parte da atividade humana pode gerar algum risco para outrem.⁵⁴

É muito claro que os destacados autores do atual pensamento jurídico a respeito do direito digital ressaltam veementemente a necessidade de relação entre o resultado, o dano, e a conduta do agente, no trabalho em tela, do provedor de serviço de hospedagem de internet. Observe-se a brilhante ponderação de Marcel Leonardi.

Pela teoria do risco criado, além da prova do dano, a vítima deve estabelecer a relação de causalidade entre a atividade do agente e o dano. Vale dizer, deve evidenciar que a causa do dano está relacionada ao comportamento do agente, ou seja, deve demonstrar o liame entre a conduta e o dano.

Sem a presença do nexo de causalidade, não há que se falar em dever de reparação, quer se trate de responsabilidade objetiva, quer se trate de responsabilidade subjetiva. Como destaca José de Aguiar Dias (Da Responsabilidade Civil, 6ª Edição, revista e aumentada, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 85-86, nota de rodapé 159.), a culpa exclusiva de terceiro ou da vítima “desfaz em relação ao indigitado responsável a causalidade e, sem causalidade, seja objetivo, seja subjetivo o critério a adotar, não se pode reconhecer a obrigação de indenizar”.⁵⁵

A vertente defensora da aplicabilidade da teoria do risco nas relações baseia seu pensamento nas seguintes premissas: a primeira uma suposta dificuldade de localizar os responsáveis por atos ilícitos praticados em relações telemáticas; a segunda premissa é de natureza econômica, justificando-se o poderio econômico de grandes provedores como razão que possibilitasse sua condição de arcar com a responsabilização pelos atos de terceiros. Dentre os defensores da teoria do risco nas relações dos provedores devem ser destacados Antônio Jeová dos Santos e Carlos Roberto Gonçalves.

A posição de Antonio Jeová Santos e de Carlos Roberto Gonçalves é a de que o provedor, ao hospedar página ou site passa a ter sua responsabilidade objetiva dispensando a indagação sobre a culpa, uma vez que aloja a informação transmitindo pelo site ou página, pois assume o risco de eventual ataque a direito de terceiro.⁵⁶

⁵⁴ TEIXEIRA, Tarcísio, *op. cit.*, p. 160.

⁵⁵ LEONARDI, Marcel, *op. cit.*, p. 66/67.

⁵⁶ TEIXEIRA, Tarcísio, *op. cit.*, p. 169.

Quanto à suposta dificuldade de localização dos responsáveis pelos atos praticados em relações telemáticas, existe, como em diversas outras relações que não sejam de natureza virtual, trâmites e formalidades para resguardar o direito à privacidade dos usuários. Ainda que o processo identificatório não seja tarefa consideravelmente simples, o mesmo gera resultados objetivos, possíveis e determinados. Atualmente, pelo NIC.br, é possível rastrear, mediante ordem judicial, o histórico virtual através das informações de tráfego e identificações dos computadores emissores de dados. Nesta linha Marcel Leonardi defende:

Não se nega que o procedimento de rastreamento de usuários e conexões seja trabalhoso, exigindo, em muitas ocasiões, a colaboração de profissionais especializados em informática, mas ele não representa óbice intransponível que possa justificar um sistema de responsabilidade objetiva dos provedores.⁵⁷

A premissa econômica dos defensores da aplicabilidade da teoria do risco surpreende por materializar o pensamento de que uma empresa, por possuir grande capacidade econômica, poderia simplesmente ser compelida a arcar com as despesas de indenização decorrentes de danos causados por terceiros.

Buscando a defesa da responsabilidade subjetiva dos provedores de serviço de hospedagem de internet, Marcel Leonardi explicita que tal prática geraria altos custos indevidos para os provedores e que estes poderiam até mesmo desestimular a continuação da prestação dos serviços. Adicionalmente é ainda cogitada a possibilidade de se estimular a geração de fraudes, ou seja, simulações de danos para se aproveitar economicamente da empresas provedoras de serviços de hospedagem na internet.

Além de não poderem monitorar a utilização dos serviços em observância ao direito à privacidade, os custos envolvidos em tal procedimento seriam elevadíssimos, tornando inviável o exercício de sua atividade econômica.

Responsabilizar objetivamente qualquer provedor de serviços de Internet pelos atos de seus usuários traria, como consequência imediata, o estabelecimento de políticas agressivas de censura da conduta de tais usuários, configurando uma injusta limitação à privacidade e à liberdade de expressão destes.

Temerosos de serem responsabilizados em razão de conteúdos aparentemente ilícitos, meramente questionáveis ou até mesmo lícitos, mas

⁵⁷ LEONARDI, Marcel, *op. cit.*, p. 73.

de gosto duvidoso, os provedores optariam por não correr quaisquer riscos e impediriam o acesso a tais informações, ou mesmo as retirariam de seus servidores.

Este sistema fomentaria, inclusive, a prática de fraudes, permitindo a um indivíduo inescrupuloso, posando de vítima, pleitear diretamente do provedor de serviços reparação por danos decorrentes de conduta perpetrada por determinado usuário, seu amigo de chicana, com quem dividiria, posteriormente, o montante porventura pago a título de indenização.⁵⁸

De forma específica quanto à natureza das atividades dos provedores de serviços, Erica Bargalo, defende a manutenção e desenvolvimento da comunicação dinâmica virtual e mostra como indevida a responsabilização objetiva dos provedores de internet.

As atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na Internet não são atividades de risco por sua própria natureza, nem implicam riscos para direitos de terceiros maiores que os riscos de qualquer atividade comercial. **E interpretar a norma no sentido de que qualquer dano deve ser indenizado, independentemente do elemento culpa, pelo simples fato de ser desenvolvida uma atividade, seria definitivamente, onerar os que praticam atividades produtivas regularmente, e conseqüentemente atravancar o desenvolvimento.⁵⁹**

⁵⁸ LEONARDI, Marcel, *op. cit.*, p. 74/76,

⁵⁹ BARGALO, Erica Brandini, *op. cit.*, p. 361.

CONCLUSÃO

Diante de todos os elementos fáticos, históricos, legais, técnicos e doutrinários, compreende-se, de forma cristalina, que o Brasil ainda não possui, de forma suficiente, meios garantidores da devida e adequada expressão da responsabilidade subjetiva dos provedores de serviço de hospedagem de internet por atos de terceiros, assim como se encontra em grande atraso à experiência americana e européia.

É observado que o Brasil, quanto à doutrina, jurisprudência e, principalmente, legislação, apresenta grande atraso à produção européia e estadunidense. Ainda não resta alcançada a plena, ou ao menos pacífica, compreensão de termos técnicos necessários para a observação dos atores das relações telemáticas, assim como da responsabilidade destes.

Vejamos ainda que a explosão de uso pelos brasileiros dos serviços dos provedores de hospedagem de internet teve seu marco em 2004, ou seja, após a implementação do site de relacionamentos <orkut.com>, criação de engenheiro da empresa Google Inc. Também é necessário ressaltar que a criação de órgão como o CGIBr e o NIC.br se deram respectivamente em 2003 e 2005, justificando a novidade do tema e possibilidade de falta de compreensão por todos.

O provedor de serviço de hospedagem de internet, em comparação a diversos diferentes tipos de empresas, não teve suas relações exploradas por grande número de doutrinadores e, por esta razão, tem sua natureza compreendida de forma incerta e até mesmo equivocada.

Ante aos dados e posições doutrinárias explicitadas deve ser destacado que os provedores de serviço de hospedagem de internet além de não serem autores também não possuem controle quanto ao conteúdo dos dados que hospedam. Funcionam como meros locadores de espaço virtual.

As melhores figuras equivalentes para estes provedores, no mundo material, seriam as comparações dos mesmos aos locatários de imóveis que não devem ser responsabilizados pelos atos praticados pelos locadores no interior das unidades alugadas. Por não terem conhecimento do conteúdo do material hospedado também se assemelham às bibliotecas em relação aos livros de seu acervo. Finalmente, pelo poder comunicativo das informações eventualmente ofensivas,

são comparáveis às empresas de telefonia pelos atos dos usuários que se ofendem por meio do telefone, ou seja, não há responsabilização.

Conclui-se que a figura do provedor de hospedagem é completamente distinta do provedor de conteúdo, embora ainda haja divergência quanto à nomenclatura a ser utilizada para ambos. Certo é que o provedor de conteúdo, diferentemente do provedor de hospedagem, tem conhecimento do material objeto de seu serviço, seja por ser seu autor ou por ter exercido controle editorial. Sua compreensão seguirá, *ipsi literis*, o seu termo, ou seja, prover um conteúdo, ser aquele que o fornece, não aquele que disponibiliza seu espaço para alocação.

Os projetos de lei brasileiros, embora não tenham qualquer força normativa até o presente momento, caracterizam a responsabilidade dos provedores de internet na modalidade subjetiva, ou seja, atrelando eventual culpa, dolo ou negligência. Como visto, estas se dão pelo conhecimento das relações, fato este que não ocorre nos provedores de serviços de hospedagem de internet.

Ademais, mencionados projetos seguem, mormente, a tendência das normas da Comunidade Européia que: (i) isentam a responsabilidade dos provedores pelos atos de terceiros dos quais não possam ingerir, (ii) que garantem a manutenção da confidencialidade das informações transmitidas pela internet como medida assecuratória do direito fundamento à privacidade e, (iii) ainda, prevê o dever de armazenagem de dados de tráfego por determinado período para possibilitar eventuais futuras investigações por atos ilícitos praticados por usuários dos serviços virtuais.

Surpreendentemente os projetos brasileiros diferem quantos aos europeus por preverem procedimentos burocráticos que vão contra a flexibilidade e dinamicidade virtual e ainda determinam condutas altamente custosas para os provedores quanto à atuação no Brasil, desestimulando a operação dos mesmos.

Destaca-se a pretensão de buscar identificação completa dos usuários no processo de utilização da internet, enquanto na Europa é necessário apenas que o provedor, eventualmente, disponibilize dados suficientes para a identificação dos agentes – ou seja – bastando o fornecimento do IP, para localização e identificação futura. Os dados de tráfego na Europa, com informações de IP são de necessária armazenagem por um período máximo de 90 dias para efeitos penais. No Brasil é possível que esta obrigação se torne de 5 anos.

Resta ainda indefinida, sendo mesmo uma lacuna nos projetos de lei brasileiros, a forma de configuração de ciência do provedor pelos atos de terceiros, hipótese em que a prática vem admitindo, por razoabilidade, a responsabilidade solidária dos mesmos. O provedor, desta forma, teria conhecimento sob os dados por informação fornecida por terceiro interessado e, portanto, estaria compelido a tomar medidas contra a restrição de divulgação dos dados supostamente ilícitos e garantir acesso aos dados para posterior identificação do agente infrator.

Não se determinou se a ciência se dará por notificação, por carta simples, por comunicação eletrônica, dentre outras formas, ou apenas por determinação judicial. A ausência de regulação neste sentido abre a possibilidade de fraude, exercício de censura e violação de privacidade.

Quanto a eventual aplicabilidade da teoria do risco para responsabilização dos provedores de serviço de hospedagem de internet, conclui-se que tal prática é indevida. Inexiste risco da atividade uma vez que a técnica e as vigentes normas de regulação e organização da internet já possuem mecanismos para identificação dos agentes que praticam atos ilícitos em ambiente virtual disponibilizado por provedores de hospedagem.

O processo identificatório é reconhecidamente trabalhoso, mas é plenamente aplicável e viável, sendo absurdo, portanto, substituir a responsabilidade de um agente infrator a uma pessoa alheia a tais práticas, plenamente inocente por mera facilidade e conveniência. Adicionalmente, ressalte-se que inexistente lei ou jurisprudência cediça que determine a aplicação da teoria do risco nas atividades dos provedores de internet. Inversamente, a tendência é a aplicação do subjetivismo e análise do liame entre o resultado e a conduta do efetivo agente.

Final e resumidamente, conclui-se ser aplicada a responsabilidade subjetiva aos provedores de serviço de hospedagem de internet por atos de terceiros uma vez que não possuem qualquer controle, ingerência ou fiscalização prévia de dados por eles hospedados em espaço virtual, sendo justamente o conhecimento pelo conteúdo o fato determinante para a responsabilização do provedor.

No presente momento, pela inexistência de leis, os provedores de hospedagem não possuem nenhuma obrigação legal de armazenagem de dados de tráfego, mas pela experiência internacional vê-se haver razoabilidade em manter tais dados para possibilitar a identificação dos agentes por autoridade competente.

Adicionalmente, admite-se a futura aplicabilidade da responsabilidade solidária em hipótese em que o provedor de hospedagem for informado da ilicitude de material mantido por ele. Carece, no entanto, a determinação da forma a se considerar informado um provedor de hospedagem por conteúdo ilícito alheio, não podendo ainda, ser aplicada tal forma de responsabilização. Resta somente a devida aplicação da responsabilidade subjetiva dos provedores de serviços de internet por atos de terceiros.

BIBLIOGRAFIA

ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel; **Derecho Privado de Internet**, Madrid, Civitas, 2001.

ANCHIESCHI, Olavo José Gomes; **Segurança Total**, São Paulo, Makron Books, 2000.

BARBAGALO, Erica Brandini; **Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet** in LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (Organizadores) **Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

BLUM, Renato M. S. Opice; **Internet e os Tribunais in Direito Eletrônico, a Internet e os Tribunais**, São Paulo, Ed. Edipro 2001.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira; **Direito do Consumidor na Internet**, São Paulo, Quartier Latin, 2002.

CASEY, Timothy; **ISP Liability Survival Guide: strategies for managing copyright, spam, cache and privacy regulations**, Willey, New York, 2000.

CARVALHO, Manuel da Cunha; **O conceito de servidor em informática e suas implicações jurídicas** in **Revista de Direito do Consumidor No. 39**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

CARVALHO, Marcelo Sávio Revoredo Menezes de; **A Trajetória da Internet no Brasil – do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança**. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Engenharia de Sistemas e Computação da UFRJ, Rio de Janeiro, 2006.

CORRÊA, Gustavo Testa; **Aspectos jurídicos da Internet**, Saraiva, São Paulo, 2000.

GRECO, Marco Aurélio; **Internet e Direito**, Ed. Dialética, São Paulo, 1999.

HOUAISS, Instituto, **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**, Ed. Objetiva, Rio de Janeiro, 2004.

LAGO JÚNIOR, Antônio; **Responsabilidade Civil por atos ilícitos na Internet**, LTr, São Paulo, 2001.

LEONARDI, Marcel; **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2005.

LEONARDI, Marcel; **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet por Atos de Terceiros** in SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manuel J. Pereira dos (Coordenadores) **Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação**, São Paulo, Ed. Saraiva, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis; **Informática, Cyberlaw, E-commerce** in LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; **Direito & Internet, aspectos jurídicos relevantes**, Bauru, Edipro, 2000.

LERMA, Esther Morón; **Internet y Derecho Penal: “hacking y otras conductas ilícitas en la red**, Revista de Derecho y Processo Penal 1/79, Pamplona, Aranzadi, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil – Contratos**, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

PINHEIRO, Patrícia Peck; **Direito Digital**, São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª Ed., 2008.

REINALDO FILHO, Demócrito; **Responsabilidade por Publicações na Internet**, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

SANTOS, Antonio Jeová; **Dano Moral na Internet**, São Paulo, Ed. Método, 2001.

TEIXEIRA, Tarcísio; **Direito Eletrônico**, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2007.

SITES:

Associação Brasileira de Provedores de Internet – Números na Internet.

<<http://www.abranet.org.br/historiadainternet/numeros.htm>>

Acesso em 04.10.2008

LOBATO, Elvira; Folha Online; Projeto quer controlar acesso à internet.

<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20908.shtml>>

Acesso em 08.07.2008

NIC.br – Sobre o NIC.br

<<http://nic.br/sobre-nic/index.htm>>

Acesso em 04.10.2008

Orkut – Dados Demográficos

<<http://www.orkut.com.br/Main#MembersAll.aspx>>

Acesso em 04.10.2008

SaferNet Brasil – Observatório do Congresso Nacional: O PL do Sen. Eduardo Azeredo e a Convenção contra o Cibercrime

<<http://www.safernet.org.br/twiki/bin/view/Colaborar/PLSAzeredoXConvencaoCibercrime>>

Acesso em 08.07.2008

Wikipédia – A Enciclopédia Livre - A História da Internet

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_da_Internet>

Acesso em 03 de outubro 2008

Wikipedia – The Free Encyclopedia – *Electronic Communications Privacy Act*

<<http://en.wikipedia.org/wiki/ECPA>>

Acesso em 05 de outubro de 2008