

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE – PUC/SP**

NATÁLIA MARQUES ABRAMIDES

**RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE INTERNET E
PROPRIEDADE INTELECTUAL**

**São Paulo – SP
2012**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE – PUC/SP**

NATÁLIA MARQUES ABRAMIDES

**RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE INTERNET E
PROPRIEDADE INTELECTUAL**

Monografia de conclusão do curso de Especialização em Direito Internacional, realizado junto à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Cogeae-PUC/SP), como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Internacional, sob a orientação do Professor Dr. Paulo Marcos Rodrigues Brancher.

**São Paulo – SP
2012**

NATÁLIA MARQUES ABRAMIDES

**RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE INTERNET E
PRÓPRIEDADE INTELECTUAL**

Monografia de conclusão do curso de Especialização em Direito Internacional, realizado junto à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Cogeae-PUC/SP), como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Internacional, sob a orientação do Professor Dr. Paulo Marcos Rodrigues Brancher.

Banca examinadora

__/__/2012

*Para João Gabriel, fiel companheiro
em todas as trilhas.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Dr. Paulo Marcos Rodrigues Brancher, pelos ensinamentos e atenção.

A minha família, pelo apoio em todos os momentos.

Aos amigos que, direta ou indiretamente, contribuíram para que a conclusão de mais uma etapa fosse possível, em especial à Paula, pela atenção e paciência incomparáveis, e à Camila, pela amizade e ajuda na revisão final deste trabalho.

*Tudo quanto aumenta a liberdade,
aumenta a responsabilidade.*

Victor Hugo

RESUMO

Nos últimos anos, em especial nas últimas duas décadas, o desenvolvimento de novas tecnologias da comunicação causou uma verdadeira revolução nos mais diversos níveis de organização da sociedade (governamental, relações comerciais e relações estritamente privadas). Diante disso, o presente trabalho busca abordar a questão da responsabilidade dos provedores de internet, cujos delineamentos teóricos começam a surgir a partir de jurisprudências e legislações incipientes, e a da propriedade intelectual, cuja tradicional estrutura de proteção foi profundamente abalada com o advento das mídias digitais. Não obstante ambos os assuntos (responsabilidade dos provedores e propriedade intelectual) possam ser objeto de estudo apenas no âmbito do direito doméstico, sua efetiva compreensão demanda análise conjunta com institutos de Direito Internacional, tendo em vista os desafios surgidos a partir da natureza transnacional da internet.

Palavras-chave: Responsabilidade dos provedores de internet. Propriedade intelectual. Dano Transnacional.

ABSTRACT

In recent years, especially in the last two decades, the development of new technologies in telecommunications has brought about a revolution in the organization of all areas of our society (government, commercial and strictly private sectors). Thus, the present dissertation is to address the issue of liability of the internet service providers, whose theoretical features begin to emerge from incipient jurisprudence and legislation, and intellectual property, whose traditional structure of protection has been deeply shaken by the advent of digital media. Nevertheless both subjects, the liability of internet service providers and intellectual property rights, can be studied within the framework of domestic law, their actual understanding demand analysis in conjunction with institutes of international law, in view of the challenges arising from the transnational nature of Internet.

Keywords: Liability of the internet service providers. Intellectual property rights. Transnational damage.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	PROPRIEDADE INTELECTUAL E INTERNET: NOVOS PARADIGMAS	12
2.1	Entraves à proteção da propriedade intelectual na internet	15
2.2	Arquitetura do ciberespaço	19
3	DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL PASSÍVEIS DE VIOLAÇÃO NA INTERNET	21
3.1	Direitos autorais	21
3.2	Marcas	26
4	RESPONSABILIDADE PELA DIVULGAÇÃO DE CONTEÚDO NA INTERNET	30
4.1	Principais instrumentos normativos	30
4.2	Responsabilidade dos provedores de internet por infração a direitos de propriedade intelectual	37
4.3	Direitos autorais: função social e direitos fundamentais	44
4.4	Marcas: responsabilidade pela venda de produtos falsificados em sites de leilão e comércio virtual	50
5	PROBLEMAS DE JURISDIÇÃO E LEGISLAÇÃO APLICÁVEIS NO CIBERESPAÇO	53
6	ESTUDO COMPARADO DE CASOS: ABORDAGEM DO TEMA NAS DIFERENTES LEGISLAÇÕES	61
6.1	Posicionamento da jurisprudência brasileira acerca da responsabilidade dos provedores: o caso Google Brasil	61
6.2	Responsabilidade dos sites de leilão virtual: o caso e-Bay	65
6.3	Responsabilidade dos provedores na ocorrência de violação aos direitos autorais: o caso <i>Pirate Bay</i> e <i>Napster</i>	67
7	CONCLUSÃO	70
	REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

As leis, assim como o próprio Direito, são constantemente acusadas de estarem um, ou até mesmo muitos, passos atrás de seu tempo. Carregando a mácula dos textos arcaicos e das disposições antiquadas, as leis resistem, todavia, com ajuda de malabarismos interpretativos, até que o legislador, afinal, substitua-a por uma nova e mais adequada versão... que, tão logo publicada, já começará a perecer!

Contudo, a acusação é apenas parcialmente procedente. Em países de tradição democrática, nos quais a lei resulta de um processo legislativo realizado por meio de representantes do povo, não é possível antever a vontade e as necessidades deste senão após o fato que os gerou.

De acordo com a Teoria Tridimensional do Direito, internacionalmente reconhecida e elaborada pelo jurista Miguel Reale, o fenômeno jurídico compreende primeiramente o fato, em seguida o valor atribuído a este e, somente ao final, a norma (BETIOLLI, 2002, p. 89).

Dessa forma, a lei deve caminhar, sim, atrás dos fatos, sob pena de inversão dos valores que fundamentam a democracia; o que se deve observar, não obstante, é o ritmo dessa caminhada, a fim de que este não se torne tão lento a ponto de a lei em vigor se tornar absolutamente incompatível com a realidade. Por outro lado, não deve o jurista (bem como os operadores do Direito e o próprio legislador) apressar-se demasiadamente na análise dos fatos, tomando decisões precipitadas, eis que os textos e interpretações legais equivocados podem levar a consequências ainda mais desastrosas. É o equilíbrio o que se busca, sempre, afinal.

Pois bem. Cuida o presente trabalho de analisar a questão da responsabilidade dos provedores de internet e a propriedade intelectual. O desenvolvimento dos meios de comunicação nas últimas décadas foi responsável por revolucionar a percepção humana de tempo/ espaço, fazendo com que as leis e alguns fundamentos do Direito parecessem ainda mais arcaicos e antiquados à nova realidade, sobretudo no campo dos direitos autorais, cuja estrutura de proteção sofreu profundo abalo a partir de novas práticas como o *download* e o compartilhamento de arquivos pela rede.

Não há dúvidas de que diversos institutos jurídicos necessitam ser debatidos e reavaliados na contemporaneidade, pois, do contrário, a despeito de sua validade,

correm o risco de perder por completo sua eficácia social. Por outro lado, não se deve exigir que os mesmos sejam revistos a cada novo lançamento tecnológico, razão pela qual tal análise deve ser sólida, mesmo que em ritmo mais lento que os fatos, primando-se assim pela segurança jurídica e equilíbrio das relações. Nesse sentido, o presente trabalho não pretende apontar soluções definitivas, mas sim apontar as principais tendências que vem se delineando aos poucos a respeito do assunto no cenário internacional, estabelecendo ainda correspondências entre as principais posições e o ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo, serão apontados os principais desafios trazidos pela internet à proteção efetiva dos direitos de propriedade intelectual e à responsabilização dos provedores de serviços na rede, tendo em vista o conflito entre a natureza transnacional dos danos causados e o princípio da territorialidade, que fundamenta diversos institutos de Direito Internacional, como soberania, jurisdição e o próprio regime de proteção de tais direitos. Ainda, o primeiro capítulo apresentará a distinção entre as funções exercidas por cada espécie de provedor de serviços de internet, permitindo visualizar suas principais obrigações e, conseqüentemente, os limites de sua responsabilidade.

Em seguida, o segundo capítulo buscará apresentar os direitos de propriedade intelectual em espécie, detendo-se na análise mais aprofundada dos direitos autorais e da marca, diante da maior incidência de violação a tais direitos na internet, o que se verifica por sua presença mais frequente nas demandas que envolvem o tema. Além da definição, o capítulo em questão abordará também a legislação relacionada ao assunto e os motivos pelos quais os direitos autorais e as marcas são mais suscetíveis que outros direitos de propriedade intelectual a infrações na internet.

O terceiro capítulo, por sua vez, tratará da responsabilidade dos provedores por divulgação de conteúdo na internet, constituindo-se, portanto, no tópico central do presente trabalho. Inicialmente, traçar-se-á panorama do arcabouço jurídico, nos planos internacional e doméstico, relacionado à proteção dos direitos de propriedade intelectual, destacando-se os dispositivos referentes à responsabilidade decorrente de sua infração. Após, será analisada a responsabilidade dos provedores no caso específico de violação aos direitos de propriedade intelectual, considerando-se a origem do ato que causou o dano (ato próprio ou de terceiro), bem como o papel desempenhado por cada provedor na transmissão da informação. Neste ponto,

serão apresentados os critérios e requisitos que deverão ser levados em conta na verificação acerca da existência da responsabilidade, bem como os deveres que devem ser observados pelos provedores. O terceiro capítulo tratará, ainda, do conflito existente entre a proteção aos direitos autorais na internet e outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, e o conceito de função social da propriedade intelectual, bem como acerca da responsabilidade de sites de “leilão virtual” em razão da venda de produtos contrafeitos por meio de sua plataforma.

O quarto capítulo, por sua vez, analisará os conceitos de soberania e jurisdição, intimamente relacionados à noção da territorialidade, em oposição à natureza transnacional da internet, e os consequentes reflexos na regulamentação do ciberespaço. Por fim, o quinto capítulo apresentará decisões de Tribunais de diferentes jurisdições sobre os assuntos debatidos no presente trabalho, a fim de verificar as principais tendências nas resoluções de conflitos envolvendo o tema da responsabilidade dos provedores e propriedade intelectual, inclusive no Brasil.

2 PROPRIEDADE INTELECTUAL E INTERNET: NOVOS PARADIGMAS

Nos últimos anos, em especial nas últimas duas décadas, o desenvolvimento de novas tecnologias da comunicação, bem como os impactos da revolução causada por estas nos mais diversos níveis de organização da sociedade (governamental, relações comerciais e relações estritamente privadas) têm sido tema frequente de debates acadêmicos e políticos. É redundante se falar, portanto, que as repercussões geradas por tal revolução, levada a cabo, sobretudo, pelo desenvolvimento da internet, afetaram de forma permanente o modo de organização das sociedades e o comportamento dos indivíduos inseridos no que o sociólogo espanhol Manuel Castells (1999) denominou de “Era da Informação”.

Nesse sentido, o Direito, na condição de ciência social e normativa, que se ocupa dos princípios e normas que regulam as relações entre sujeitos e entre sujeitos e bens, não ficou imune aos referidos impactos, passando atualmente por uma fase de adaptação e delineamento de novos contornos práticos e teóricos de diversos institutos.

Dentro deste contexto, especial atenção merecem os direitos de propriedade intelectual, em razão da natureza dos bens tutelados por esse ramo jurídico. A propriedade intelectual abrange um espectro de objetos variados, tais como a invenção, marca, design, indicação geográfica, criações artísticas, literárias, científicas e direitos conexos, dentre outras criações do gênio humano.

Não obstante a diversidade de objetos que gozam de sua proteção, os direitos de propriedade intelectual apresentam características em comum, responsáveis por reuni-los sob o mesmo gênero: trata-se de bens intangíveis, que visam garantir a seu titular o uso exclusivo dos objetos de sua criação, em regra por tempo determinado, desde que em consonância com o ordenamento jurídico. Seu objeto, portanto, de vocação universal, adquire valor inestimável na sociedade da informação, assumindo a propriedade intelectual papel de destaque nas relações econômicas transnacionais (BASSO, 2005, p. 17).

Conforme bem observado por CASTELLS (1999, p. 50-51), a atual revolução tecnológica não é caracterizada pela centralidade de conhecimentos e informação, mas sim pela aplicação destes para geração de novos conhecimentos e de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso.

Ainda, nas palavras do Diretor Geral da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), Francis Gurry, em entrevista concedida a Revista da OMPI, em setembro/2010:

Just as participation in the physical economy requires access to roads, bridges, and vehicles to transport goods, similar infrastructure is needed in the virtual and knowledge economy. However, here the highway is the Internet and other networks, bridges are interoperable data standards, and vehicles are computers and databases. (AN INTERVIEW..., 2010).¹

Ora, partindo-se de tal premissa, segundo a qual a informação passa de produto a matéria-prima, em um ciclo constante e cumulativo de inovação, verifica-se que os paradigmas que sustentam o direito positivado no que tange à proteção da propriedade intelectual, sedimentados em um modelo físico de reprodução e distribuição de bens (em contraposição ao meio virtual), mostram-se incapazes de dar conta da realidade trazida pelas redes mundiais de comunicação, sobretudo diante de dois fatores: a) a facilidade / baixo custo de reprodução de conteúdos e a consequente rapidez de sua disseminação; b) a natureza transnacional da internet, que se apresenta como ponto crítico à limitação espacial da jurisdição dos Estados.

Tais fatores, aliados a comportamentos sequer imaginados anteriormente, como o compartilhamento de arquivos por milhares de usuários de forma simultânea e formas colaborativas de criação e distribuição de conteúdos, representam verdadeiro entrave não somente à aplicação das atuais normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, mas à própria forma como tal sistema é concebido. A participação do usuário na transmissão e edição de conteúdo na rede, aliás, é ponto de crucial importância para o tema, eis que os usuários assumem papel ativo na edição, difusão e retransmissão de sons, textos e imagens, o que não ocorre nas mídias clássicas, como a televisão e rádio, por exemplo (REINALDO FILHO, 2005, p. 26).

Assim, em face do distanciamento ocorrido entre fato e norma, nem sempre a aplicação desta ao caso concreto corresponde ao valor que se pretende tutelar, impondo a necessidade de adoção de novos paradigmas, capazes de proteger de

¹ Assim como a participação na economia física requer acesso a estradas, pontes e veículos para o transporte de mercadorias, infra-estrutura similar é necessária na economia virtual e do conhecimento. Todavia, aqui a estrada é a Internet e outras redes, as pontes são normas de interoperabilidade de dados e os veículos são computadores e bancos de dados. (tradução livre)

forma adequada a propriedade intelectual, sem perder de vista o cumprimento de sua função social.

Destarte, no contexto do desenvolvimento dos meios de comunicação e das mídias em formato digital, é importante destacar que, a despeito do ambiente de liberdade da internet, o que se mostra imensamente desejável à propagação de conhecimentos e à liberdade de expressão, não seria sensato afirmar que as relações travadas pela rede sejam meramente virtuais e imunes ao instituto da responsabilidade (seja no âmbito civil ou criminal), de forma que, ao afetarem de forma concreta um bem protegido juridicamente, impõem ao ofensor a obrigação de reparar o dano causado.

Não se trata de estabelecer censura ao conteúdo existente na internet (o que seria extremamente dificultoso, além de indesejável, inclusive considerando a já mencionada característica de cada usuário atuar não apenas como receptor, mas também como produtor de novos conteúdos), mas tão somente de se delimitar a responsabilidade dos sujeitos que operam e se relacionam por meio da rede, com a finalidade de garantir a coexistência harmônica entre os variados direitos fundamentais – dentre os quais liberdade, intimidade, privacidade, informação, propriedade etc – afastando assim a insegurança jurídica (ainda) presente nas relações “virtuais”.

A internet é um meio, e não o ato de comunicação em si, não sendo admissível, portanto, que se considere como espaço imune a qualquer tipo de responsabilidade, não podendo servir como manto protetor à prática de atos lesivos aos direitos de terceiros, ainda que sua complexa estrutura de funcionamento possa, aparentemente, corroborar com essa crença.

Nessa quadra é que se busca aqui examinar um dos (muitos) pontos sensíveis do sistema de proteção aos direitos de propriedade intelectual na contemporaneidade, qual seja, a responsabilidade dos provedores de serviços de internet na ocorrência de violações de tais direitos na rede, o que será feito com base na análise do direito comparado e estudo de casos, além da verificação da adequação dos dispositivos em análise à atual realidade enfrentada.

Isso porque o desconhecimento acerca das estruturas de funcionamento da rede mundial de computadores por parte dos operadores do Direito pode levar à aplicação de interpretações e decisões equivocada acerca dos destinatários a quem efetivamente deva ser atribuída a responsabilidade pelos danos ocasionados, bem

como acerca dos deveres concernentes a cada sujeito que opera a internet, de acordo com a natureza de sua participação em seu funcionamento, o que pode acabar por afetar de forma significativa o direito dos demais usuários da rede, eis que o objeto dos direitos de propriedade intelectual se vinculam de forma direta com direitos fundamentais, notadamente o à privacidade, informação e liberdade de expressão.

Por esse motivo, o tema em questão é objeto de intensa discussão em diversos países – seja no âmbito legislativo, seja no âmbito judiciário – de forma que, em face da natureza transnacional da internet, o fenômeno se revela de forma similar em qualquer localidade, razão pela qual é relevante a análise do direito comparado, na busca de “inspirações” ou mesmo soluções possíveis ao ordenamento brasileiro, além do aprimoramento da percepção da comunidade internacional sobre o tema.

2.1 Entraves à proteção da propriedade intelectual na internet

Conforme mencionado acima, a dificuldade em tutelar de forma eficiente os direitos de propriedade intelectual na internet ocorre, basicamente, em razão de dois fatores: a) a facilidade / baixo custo de reprodução de conteúdos e a conseqüente rapidez de sua disseminação; b) a natureza transnacional da internet, que se apresenta como ponto crítico à limitação espacial da jurisdição dos Estados e, eventualmente, das leis.

Enquanto o primeiro obstáculo se relaciona de forma mais direta aos direitos autorais e conexos, o segundo afeta não apenas os direitos de propriedade intelectual, mas todos os demais direitos/ obrigações que possam surgir a partir de relações travadas por meio da rede, quando presente algum elemento de estraneidade, representando um dos principais desafios a serem superados para que se possa tutelar, de forma harmônica e eficaz, direitos e deveres na internet.

O desenvolvimento tecnológico possibilitou ao mais leigo dos usuários realizar cópias de arquivos eletrônicos (obras literárias, artigos científicos, músicas, filmes etc) pela internet, com rapidez, qualidade técnica e custo praticamente zero, sendo, na maioria dos casos, impossível se distinguir as cópias do original. Ainda, diferentemente do que ocorre com a propriedade material, o usuário que copia para si o conteúdo de determinado arquivo não priva o detentor do mesmo de sua posse,

de forma que, inexistindo dano imediato, tanto mais difícil se torna identificar e reprimir eventuais condutas ilícitas.

Nesse sentido:

As ameaças e promessas colocadas pela nova tecnologia, aliás, já vinham a fazer-se sentir desde os anos 80, especialmente a partir do momento em que foram comercializados pela Sony os gravadores de som DAT (Digital Audio Tape) que, diferentemente dos gravadores analógicos, permitiam a reprodução de obras musicais sem perda da qualidade das cópias, fosse qual fosse o seu número, nem degradação da matriz. Como é próprio da tecnologia digital, cada cópia tinha, pela primeira vez, exactamente a mesma qualidade do original, assim se desvanecendo a distinção entre original e cópia e se tornando mais difícil a prova da reprodução ilícita de obras protegidas. (CABRAL *in* WACHOWICZ, 2010, p. 104)

Diante de tais fatores, é evidente a razão pela qual os ilícitos relacionados à violação de direitos de propriedade intelectual são dos mais recorrentes na internet. Os Estados têm buscado oferecer respostas a esse desafio (seja por meio de medidas legislativas, seja por meio de medidas de carácter tecnológico), porém é certo que, até o presente momento, nenhuma medida se mostrou suficientemente satisfatória, diante da velocidade com que se desenvolvem novas formas de disseminação de conteúdos na rede (baixar, carregar e compartilhar arquivos), eis que o controle legal que o autor exerce sobre sua obra deixou de estar ligado a ideia da reprodução física (REINALDO FILHO, 2005, p. 63).

Se, de um lado, as medidas legislativas se apresentam frequentemente obsoletas frente às novas tecnologias, bem como de difícil aplicação em face da dificuldade de se identificar, em muitos casos, o infrator na internet, as medidas tecnológicas de proteção (“travas” – chaves criptográficas – que podem ser instaladas tanto por meio de *hardware* como de *software*, com o fim de impedir o acesso ou cópia de determinados conteúdos) têm sua aplicação questionada, tanto por razões técnicas quanto comerciais.

As medidas tecnológicas de proteção podem atuar de diversas formas, desde o estabelecimento de limite do número de *downloads* em determinado site; limite de horas / dias para efetuar o *download* de arquivos; necessidade de software específico para reproduzir certo arquivo; senhas especiais para reprodução de conteúdo; chegando até a imposição da diminuição da velocidade ou mesmo a suspensão da conexão da internet do usuário que esteja violando direitos de

propriedade intelectual.

Neste último caso, a polêmica é evidente, eis que a medida de proteção claramente conflita com outros direitos do usuário, ao restringir sua liberdade de utilização da rede, de forma a colocar em risco valores idênticos ou mesmo superiores àqueles que inicialmente se buscou tutelar (CABRAL *in* WACHOWICZ, 2010).

Por essa razão, questiona-se a viabilidade da aplicação do modelo de proteção aos direitos de propriedade intelectual tal qual se concebe hoje, eis que a realidade atual representa verdadeira ruptura com os paradigmas anteriormente observados. A discussão divide os estudiosos sobre o assunto: enquanto para alguns as leis de propriedade intelectual irão sobreviver após os devidos ajustes e adaptações às novas tecnologias da comunicação, para outros não há qualquer sentido em se regular a proteção aos direitos autorais em um ambiente onde a cópia se tornou algo tão elementar e barato (REINALDO FILHO, 2005, p. 60).

Não obstante, é certo não haver que se falar na supressão absoluta de tais direitos frente às novas tecnologias, tratando-se, conforme já ressaltado no início do presente trabalho, de momento de redefinição de conceitos; dessa forma, faz-se necessária a análise da responsabilidade dos envolvidos na transmissão de conteúdos pela internet na ocorrência de violação dos direitos de propriedade intelectual.

Entretanto, ainda que se alcançasse um modelo ideal de proteção dos direitos de propriedade intelectual na internet, a aplicação deste restaria limitada em face da natureza transnacional da rede, natureza esta que se opõe ao princípio da territorialidade, o qual rege tais direitos.

Isso porque a coercibilidade, nota distintiva do Direito em relação a outras normas sociais, materializa-se por meio da Jurisdição, ou seja, o poder que o Estado detém para aplicar o Direito ao caso concreto. Dessa forma, sendo o poder jurisdicional expressão do poder estatal, e, portanto, de sua soberania, somente poder ser exercido dentro dos limites territoriais do Estado, sob pena de violação da soberania dos demais entes estatais.

Não se deve confundir, aqui, o princípio da territorialidade relativo à aplicação leis (estas também expressão do poder estatal), o qual pode ser excepcionado em algumas situações de acordo com o previsto em cada ordenamento jurídico, com a territorialidade da jurisdição, que se revela a partir da impossibilidade de se impor o

cumprimento de decisões estatais a jurisdições alienígenas.

Dessa forma, ainda que um Estado aplique determinada lei para resolução de questão controversa (seja tal lei pertencente ao próprio ordenamento jurídico ou não), não será possível garantir que tal decisão seja oponível fora dos limites do país prolator da decisão. Ainda, os direitos de propriedade intelectual estão geralmente sujeitos às leis do país onde a respectiva proteção é reclamada, ou seja, sujeitam-se à aplicação da *lex loci protectionis* (VICENTE *in* WACHOWICZ, 2010).

Evidentemente, as questões da soberania (a qual legitima e, ao mesmo tempo, impõe limites a jurisdição) e do conflito de leis no espaço não são fenômenos recentes no âmbito jurídico; pelo contrário, constituem um dos principais objetos de estudos do Direito Internacional Público e Privado, respectivamente. No caso deste, inclusive, a regulamentação dos conflitos de lei no espaço, em relações de caráter privado com conexão internacional, é o que define o núcleo de atuação desse ramo do Direito, cujas origens remontam ao Direito Romano, o qual, por meio do *ius gentium* e da instituição do *praetor peregrinus* teve importante papel na gestação de soluções concretas para conflitos de lei no espaço (BASSO, 2011, p. 118).

Todavia, o desenvolvimento da internet e das tecnologias da informação nas últimas décadas do século passado intensificou as relações entre sujeitos (bem como suas consequências) localizados em territórios subordinados a jurisdições distintas, além de mitigar a ideia, até então bastante sedimentada, de territorialidade, acentuando, dessa forma, a necessidade de revisitar tais institutos de Direito Internacional, a fim de lhes adequar à realidade contemporânea.

O regime de proteção jurídica dos direitos de propriedade intelectual sempre esteve vinculado ao Direito Internacional, em razão da vocação de seu objeto: a informação, na condição de bem imaterial, desconhece barreiras territoriais e circula livremente através das fronteiras nacionais. Tal característica, aliada às questões acima aventadas, tem gerado uma série de conflitos na aplicação de normas e resolução de disputas envolvendo tais direitos.

Nesse sentido, esclarece Claudio Roberto Barbosa (2001, p. 11):

Ao contrário das fronteiras territoriais, a informação é dinâmica e flui ignorando fronteiras: altera, não só a geopolítica e os sistemas inerentes a tais estruturas, mas também a visão do Direito sobre a própria 'informação', conceito atualmente sendo revisto pelo Direito do Autor, com grande impacto principalmente nas disciplinas abrigadas sob o termo propriedade intelectual.

Assim, a estrutura jurídica baseada no conceito de territorialidade, pressuposto necessário à existência do conceito de jurisdição (como expressão do poder do Estado), não é mais suficiente para resolver os conflitos do mundo globalizado, o qual se caracteriza por um gradativo processo de desterritorialização, chegando-se até mesmo a cogitar a existência de uma estrutura jurídica formal internacional responsável pela harmonização e resolução de tais conflitos (BARBOSA, 2011, p. 35).

Por esse motivo, faz-se necessário a discussão acerca de novos modelos para a proteção de direitos de propriedade intelectual na internet, reservando-se o presente trabalho à análise da questão da responsabilidade dos provedores de serviços na rede no caso de violação de tais direitos.

2.2 Arquitetura do ciberespaço

Antes de adentrar no tema do presente trabalho, é preciso esclarecer e delimitar a função exercida pelos sujeitos que atuam no ciberespaço a fim de prover serviços de internet e transmitir dados, o que permitirá vislumbrar a medida da responsabilidade que poderá (ou não) ser atribuída a cada um deles.

A arquitetura da rede é complexa, uma vez que conta necessariamente com diversos provedores de serviços a fim de possibilitar a ligação entre o usuário final e as informações armazenadas em servidores de acesso remoto; daí a ideia de rede / teia, eis que, de fato, o ambiente virtual é formado por um conjunto de inúmeras “vias” interligadas, por onde transitam as informações de um servidor a outro.

Conforme definição de LEONARDI (2005, p. 19), “provedor de serviços de internet é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da Internet ou por meio dela”.

Assim, provedor de serviços de internet é gênero, no qual se incluem como espécies os provedores de *backbone*, de acesso, de correio eletrônico, de hospedagem e de conteúdo, sendo certo que é possível que o mesmo provedor desempenhe mais de uma das funções aqui apontadas.

O **provedor de backbone** é o tronco principal de uma rede de acesso à internet; é a espinha dorsal; é o sujeito que efetivamente detém as estruturas capazes de manipular grande volume de informações, constituídas por roteadores de tráfego interligados por circuito de alta velocidade (LEONARDI, 2005, p. 19). De

tal modo, o provedor de *backbone* é a estrutura que permite ao provedor de acesso obter conectividade, a fim de que este possa oferecê-la ao usuário final, sendo evidente desde já, portanto, que se caracteriza por exercer função estritamente técnica, além de estabelecer, em regra, relação de natureza civil (prestação de serviços) com o provedor de acesso.

O **provedor de acesso**, por sua vez, é o intermediário entre o provedor de *backbone* e o usuário final da internet, podendo, não obstante, contar com infraestrutura própria para oferecer acesso direto à internet. Usualmente, contudo, atua na função de intermediário e estabelece com o usuário relação de consumo, eis que este figura como destinatário final do serviço prestado.

O **provedor de correio eletrônico** fornece serviços que consistem em possibilitar ao usuário o envio de mensagens, bem como o armazenamento destas, permitindo o acesso ao sistema e às mensagens mediante o uso de nome de usuário e senhas exclusivos. Trata-se aqui, também, de prestação de serviço a usuário final, caracterizada, portanto, como relação de consumo (idem, p. 26).

Ainda, pode-se falar na figura do **provedor de hospedagem**, responsável por oferecer armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto e a possibilidade de acesso aos mesmos, e do **provedor de conteúdo**, responsável por disponibilizar na rede informações criadas por si próprio ou por terceiros, de forma que a relação que estabelece com o usuário final pode ou não ser caracterizada como de consumo.

Verifica-se, portanto, a existência de uma cadeia de sujeitos prestadores de serviços diversos, com a finalidade comum de permitir o acesso à internet pelos usuários, verificando-se que a relação entre proximidade do usuário final / acesso a edição de conteúdos é diretamente proporcional à possibilidade de controle destes e consequente possibilidade de responsabilização pelos mesmos.

3 DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL PASSÍVEIS DE VIOLAÇÃO NA INTERNET

Conforme bem observa Reinaldo Filho (2005, p. 59), a diversidade de conteúdos que é disponibilizada na rede pode desencadear ofensas a uma também diversificada categorias de direitos. No presente estudo, serão abordados os direitos de propriedade intelectual, especialmente os direitos autorais e as marcas.

Consoante já destacado anteriormente, a propriedade intelectual é ramo do Direito que protege a criação intelectual, abrangendo temática extensa e complexa, eis que é multidisciplinar, compreendendo desde o direito industrial, a defesa da concorrência, a proteção da informação confidencial, as marcas, as concessões de patentes, os desenhos industriais, o direito autoral e conexos, as topografias de circuitos integrados, o direito de software até as indicações geográficas (BASSO *in* AMARAL JUNIOR, 2002). Tais áreas podem ser agrupadas em dois grupos distintos, sendo estes espécies do gênero direitos de propriedade intelectual: os direitos autorais e os direitos de propriedade industrial.

O primeiro grupo diz respeito aos direitos do autor e conexos (artistas, intérpretes e executantes), compreendendo obras literárias, artísticas e científicas, inclusive a proteção a programas de computadores. Já o segundo grupo diz respeito às criações de caráter industrial, e compreende marcas, patentes, desenho industrial, indicações geográficas e repressão à concorrência desleal.

Cada um dos direitos mencionados acima possui diferentes objetos e formas de proteção, sendo que, em razão de tais caracteres diferenciados, alguns estão mais propensos que outros a sofrer violação por meio da internet. Diante disso, o presente estudo se limitará a analisar os direitos autorais e as marcas, por serem objetos de maior destaque nas disputas judiciais no campo da internet e propriedade intelectual, conforme a seguir.

3.1 Direitos autorais

O conceito de direitos autorais é bastante abrangente, uma vez que sob tal denominação se encontra um extenso rol de direitos, de natureza literária, artística ou científica, além dos direitos conexos, referentes aos artistas, intérpretes e executantes.

Conforme definição do jurista Antônio Chaves (1995, p. 28):

Podemos defini-lo como o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade: de ordem extrapecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.

Não obstante, o entendimento acerca do que se compreende por direitos autorais não é unânime. De um lado, os países cujo ordenamento jurídico se baseia no sistema anglo-saxão tendem a adotar a noção de *copyright*, que se fundamenta no direito de reprodução da obra (núcleo é o objeto); por outro, os países cujo ordenamento se baseia na escola francesa adotam a noção de direito do autor, a qual se fundamenta na proteção do criador da obra (núcleo é o sujeito), sendo que o ordenamento jurídico brasileiro se inclina a este último enfoque (RATTMANN, 2004, p. 12).

De toda forma, a legislação relativa aos direitos autorais tende a ser semelhante nos países signatários dos principais tratados internacionais sobre o assunto, sobretudo a partir do surgimento da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 1994. Isso porque os países membros da OMC (atualmente 155) são necessariamente signatários dos acordos constitutivos da organização, o que inclui o TRIPS (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), que trata dos aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, colaborando assim para a ocorrência de certa uniformização dos ordenamentos internos dos países membros.

No âmbito internacional, o tema é objeto de outros inúmeros tratados, devendo-se destacar a Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas, de 1886, por seu pioneirismo no campo da proteção internacional dos direitos autorais. A Convenção, cujo texto já sofreu diversas revisões e ainda permanece em vigor, define, em seu art. 2º, que os termos "obras literárias e artísticas" abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras

cinematográficas e as expressas por processo análogo ao da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.

Mais recentemente, em 1994, o TRIPS, já mencionado acima, firmou-se como importante instrumento multilateral referente aos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio global, inclusive possibilitando aos seus signatários o acesso ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC no caso de violação de tais direitos, o que representou importante avanço no que tange aos mecanismos de execução.

Nesse sentido, o Acordo TRIPS, que incorporou por referência disposições de outros acordos internacionais vigentes, como a Convenção da União de Paris e a Convenção da União de Berna, passou a representar novo parâmetro mundial para as legislações de propriedade intelectual nacionais, ao criar laço indissociável entre comércio internacional e propriedade intelectual. (ROSENBERG *apud* THORSTENSEN, 2002, p. 274)

Ainda, vale citar também o Tratado sobre Direitos do autor e o Tratado sobre Interpretação ou Execução de Fonogramas, ambos de 1996, conhecidos também como Tratados de Internet da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI).

Já no âmbito doméstico, a Lei 9.610/1998 regula os direitos autorais, devendo estes ser entendidos como os direitos de autor e os que lhes são conexos. De acordo com a Lei, as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, são obras intelectuais protegidas, apresentando o seguinte rol, meramente exemplificativo: os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas e dramático-musicais; as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; as composições musicais, tenham ou não letra; as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; as

ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; os programas de computador; as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual (art. 7º).

Ainda, no que tange aos direitos conexos, trata-se dos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, além dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão, em relação a fixação de suas interpretações ou execuções; a reprodução, a execução pública e a locação das suas interpretações ou execuções fixadas; a radiodifusão das suas interpretações ou execuções, fixadas ou não; a colocação à disposição do público de suas interpretações ou execuções, de maneira que qualquer pessoa a elas possa ter acesso, no tempo e no lugar que individualmente escolherem; qualquer outra modalidade de utilização de suas interpretações ou execuções (art. 90, Lei 9.610/1998).

Verifica-se, portanto, que o rol de bens protegidos pelo direito do autor é extenso e não taxativo, de forma a estar constantemente sujeito à ampliação de seus domínios, razão pela qual o controle do surgimento e posterior reprodução de tais bens é extremamente dificultoso, o que se torna ainda mais evidente na internet, diante de sua complexa estrutura de funcionamento.

Diariamente, são compartilhados na internet milhares de arquivos de músicas, filmes, obras literárias, artigos científicos etc, todos estes potenciais objetos de proteção dos direitos de propriedade intelectual, não obstante, em grande parte das vezes, referidas reproduções não ocorram de forma autorizada, momento no qual ocorre a violação de tais direitos e surge o questionamento acerca da responsabilidade pela infração cometida.

Outrossim, é também nesse momento que se questiona se é cabível, de fato, se falar em violação de direitos autorais na internet, sob o argumento de que o arquivo visualizado se trata de cópia para mera visualização do usuário.

Tome-se, por exemplo, um livro que esteja exposto em uma livraria. Nunca foi considerada infração aos direitos autorais a simples situação de um cliente folhear suas páginas e transitar por algumas passagens, mesmo que isso lhe permita memorizar alguns trechos

da obra. Isso porque as leis, sabiamente, nunca levaram em conta a simples leitura como um ato contrário ao direito autoral, que só restaria infringido com a conduta correspondente a feitura de uma cópia tangível da obra. (...) A noção fundamental do ato de se fazer uma cópia perde o sentido quando se trata da reprodução de obras intelectuais na internet. Quando uma pessoa recebe um texto por e-mail ou quando visualiza uma publicação em forma de página eletrônica, a operação que na realidade está acontecendo é o recebimento de uma cópia de um arquivo. (REINALDO FILHO, 2005, p. 63)

Visando contornar o problema, as legislações de diversos países e alguns tratados internacionais têm incluído em seu texto disposições que visam expressamente proteger obras intelectuais disponibilizadas em meio eletrônico. A lei brasileira (Lei 9.610/98), por exemplo, dispõe no *caput* de seu art. 7º que são passíveis de proteção as obras expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, de forma a resguardar a proteção das obras intelectuais independentemente do formato e meio pelo qual se apresentem.

Todavia, tais disposições, bem como outras de teor semelhante, pouco contribuíram para esclarecer os pontos controversos que sustentam os debates sobre o assunto, uma vez que, neste caso, o que se demanda é a reforma do sistema de proteção aos direitos autorais como um todo, e não apenas modificações pontuais e literais.

Não obstante, é importante destacar, mais uma vez, que o presente trabalho se propõe a estudar o fenômeno da responsabilidade dos provedores de internet na ocorrência de violações a direitos de propriedade intelectual, ou seja, uma vez superada tal discussão e caracterizada a infração, cumpre analisar a quem se deve imputar a responsabilização pela mesma.

Por fim, cabe mencionar que os direitos autorais podem sofrer violações em duas ordens, a saber, patrimonial e / ou moral.

A primeira diz respeito ao direito que tem o titular de utilizar, fruir e dispor de sua obra, de forma exclusiva, a título oneroso ou gratuito, podendo ainda ceder os direitos de exploração da obra a terceiros; cabe lembrar que os direitos de ordem patrimonial são temporalmente limitados, ou seja, somente podem ser exercidos dentro do prazo que a legislação de cada ordenamento jurídico determinar, de forma que, após tal período, a obra cai em domínio público e pode ser utilizada por qualquer pessoa independentemente da autorização de seu titular. No Brasil, os

direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil (art. 41, Lei 9.610/1998).

Os direitos morais, por sua vez, não sofrem limitação temporal. Assim, ainda que uma obra esteja em domínio público, seu titular gozará do direito de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra, bem como de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado, além de outras práticas que visem assegurar a integridade da obra. Nesse sentido, os direitos de ordem moral correspondem à prerrogativa de reivindicar a autoria da obra a qualquer tempo, com a finalidade de impedir a prática de atos predatórios ao autor e sua obra.

3.2 Marcas

As marcas são consideradas direitos de propriedade industrial, encontrando-se, portanto, sob a proteção conferida aos direitos de propriedade intelectual, de forma que o seu titular possui o direito de uso exclusivo em todo o território abrangido pelo órgão de registro, bem como o de oponibilidade ao uso por terceiros não autorizados, mesmo que de boa-fé, de sinais idênticos ou semelhantes para identificar produtos ou serviços afins. É considerado marca todo sinal distintivo, utilizado com a finalidade de diferenciar bens ou serviços similares, oferecidos por diferentes fornecedores.

Para a lei brasileira de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996), são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais (art. 122). Dessa forma, a lei pátria considera como marca tão apenas os sinais gráficos, visualmente perceptíveis (palavras, letras, algarismos, desenhos, imagens e formas plásticas tridimensionais), não obstante outros ordenamentos possam considerar passíveis de registro na categoria de marca imagens em movimentos, sons e até mesmo aromas (marcas sensoriais).

No que tange aos instrumentos normativos de proteção às marcas na esfera internacional, importa destacar a Convenção da União de Paris (1884) e, mais recentemente, o acordo TRIPS (1994), firmado no âmbito da OMC, cuja importância já foi destacada no tópico anterior.

Ainda, além das marcas mais comumente utilizadas, de produtos e serviços,

conforme conceituado acima, é possível se falar também em marcas de certificação (utilizadas para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas; ex: Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO) e marcas coletivas (utilizadas para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade; ex: Associação dos Cafeicultores de determinada cidade ou região).

No presente estudo, as marcas adquirem importância em face da expansão do comércio eletrônico global. Apenas no Brasil, os dados apontam que o faturamento das vendas on-line saltou de R\$ 0,54 bilhão em 2001 para R\$ 8,2 bilhões em 2008 (FINDELSTEIN, 2011, p. 41).

Não obstante, o expressivo incremento das transações comerciais na rede vem acompanhado do aumento de transações envolvendo também produtos falsificados, diante da facilidade de acesso e do grande número de opções propiciados pela rede ao usuário comprador, o que demanda um olhar mais atento dos estudiosos neste momento.

Sabe-se que cabe ao Direito regulamentar todas as relações intersubjetivas havida entre os homens. As relações eletrônicas, independentemente de sua nova roupagem, não são diferentes. Aqueles que participam da revolução tecnológica têm direito à segurança jurídica que o Estado deve prestar. (FINDELSTEIN, 2011, p. 08)

Neste caso, diferentemente dos direitos autorais, cuja discussão acerca de sua efetiva violação na internet se tornou objeto de intensas discussões, é evidente a existência de violação aos direitos de propriedade industrial; isso porque não se discute a contrafação do produto em si, a qual é manifesta, mas sim a projeção conferida a tal infração, cuja incidência se tornou mais frequente com o surgimento comércio eletrônico.

Conforme ressalta GARCÍA-CASTRILLÓN (*in* WACHOWICZ, 2010, p. 264), ainda que na exista uma definição universalmente válida para os conceitos de pirataria e falsificação, ambos se associam de forma inequívoca com a violação dos direitos de autor e conexos e direitos de propriedade intelectual, respectivamente, levando à prejuízos os quais, todavia, vão muito além daqueles causados aos titulares de tais direitos. Cabe ressaltar que, no Brasil, utiliza-se ainda o termo “contrafação” a fim de designar violação de direitos de propriedade industrial.

A marca representa importante ativo das empresas, ao permitir e facilitar a identificação de seus produtos ou serviços pelos consumidores, de forma que sua violação causa inegáveis prejuízos ao seu titular, seja em razão da diminuição direta do número de vendas / serviços prestados, seja em razão da saturação de sua imagem no mercado diante do grande número de cópias em circulação, o que pode acarretar na diminuição do valor de seu produto e conseqüente queda de faturamento.

Por esse motivo, o art. 189 da Lei 9.279/1996 considera crime contra registro de marca a reprodução, sem autorização do titular, no todo ou em parte, de marca registrada, ou imitação de modo que possa induzir confusão, bem como a alteração de marca registrada de outrem já aposta em produto colocado no mercado, sendo tais condutas puníveis com detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. Ainda, o art. 190 da mesma lei considera que comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem, sendo tais condutas puníveis com detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

O combate à comercialização de produtos falsificados vai muito além da proteção aos direitos do titular da marca, visando coibir também uma rede de ilegalidades que geralmente ocorrem a partir da distribuição de tais produtos (sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, utilização de mão-de-obra abaixo dos padrões mínimos trabalhistas, inobservância de padrões de qualidade, inclusive com riscos à saúde do consumidor, podendo chegar até mesmo financiar atividades como o terrorismo).

Apenas a título ilustrativo, vale citar alguns dados recentes: segundo cálculos da Associação Brasileira de Combate à Falsificação (ABCF), o prejuízo aos cofres públicos e à indústria nacional decorrentes da pirataria chega a R\$ 40 bilhões por ano; o volume estimado de faturamento obtido com o comércio de produtos piratas é de cerca de um trilhão de reais em todo o mundo, contra 700 bilhões de reais do tráfico internacional de drogas; dentre os produtos mais falsificados (incluindo infrações a direitos autorais e à marca), estão, na seguinte ordem, DVDs e CDs (filmes, show, música, jogos e programas); roupa de clubes de futebol; camisas e bermudas masculinas; brinquedos; produtos com personagens infantis; relógios;

óculos; celulares; bolsas e acessórios femininos; roupa feminina (VIANNA, 2012).

Daí a importância em se discutir acerca da responsabilidade dos provedores de internet na ocorrência de violação a tais direitos, a fim de coibir de forma mais efetiva as infrações aos direitos de propriedade industrial, e, por via indireta, também a prática de outras possíveis infrações ainda mais graves, conforme mencionado acima, tendo em vista o potencial da internet em atuar como meio facilitador (diante de seu alcance e estrutura) de tais práticas.

4 RESPONSABILIDADE PELA DIVULGAÇÃO DE CONTEÚDO NA INTERNET

Conforme se verificou até o presente momento, a internet se constitui em importante instrumento de intercâmbio global de informações, bem como de transações comerciais, de forma que seu espaço “ilimitado” possibilita a inclusão constante de novos conteúdos a cada segundo, de qualquer parte do planeta.

Ainda, importa destacar mais uma vez que o funcionamento da internet depende de uma complexa rede de servidores interligados, por meio dos quais a informação transita até o usuário que realiza o acesso de seu computador, celular ou qualquer outro equipamento eletrônico conectado à internet; dessa forma, o papel desempenhado por cada provedor na transmissão da informação irá afetar a responsabilidade que poderá ser a ele atribuída em razão de conteúdos ilícitos postados em seus domínios. Ademais, cumpre também analisar os deveres a serem cumpridos pelos provedores de internet, a fim de verificar o seu grau de responsabilidade, de acordo com o menor ou maior grau de observância dos mesmos.

4.1 Principais instrumentos normativos

No que diz respeito aos principais instrumentos normativos relacionados à proteção da propriedade intelectual e da responsabilidade dos provedores de serviços de internet, delinear-se-á no, presente tópico, breves considerações acerca de cada um deles.

No plano internacional, vale destacar: Convenção de Paris para a Proteção de Propriedade Industrial (1883), Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas (1886), Tratado da OMPI sobre direitos do autor (1996) e Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução de Fonogramas (1996). Estes dois últimos – também conhecidos como “Tratados de Internet” e elaborados em consonância com as diretrizes da Agenda Digital da OMPI – abordam o impacto de novas tecnologias digitais na proteção dos direitos de propriedade intelectual, não sendo o Brasil, todavia, signatário dos mesmos.

Dispõe o preâmbulo do Tratado da OMPI sobre direitos do autor (1996), cujo trecho segue abaixo transcrito:

RECONHECENDO a necessidade de introduzir novas regras internacionais e de clarificar a interpretação de algumas das regras existentes, a fim de fornecer soluções adequadas para as questões suscitadas pelos novos desenvolvimentos a nível econômico, social, cultural e tecnológico;

RECONHECENDO o profundo impacto do desenvolvimento e da convergência das tecnologias da informação e da comunicação sobre a criação e utilização de obras literárias e artísticas

E, ainda, em seu art. 11:

Art. 11. Obrigações em relação a medidas de caráter tecnológico

As partes contratantes devem assegurar uma proteção jurídica adequada e vias de recurso eficazes contra a neutralização de medidas eficazes de caráter tecnológico de que os autores se sirvam no quadro do exercício dos direitos que lhes são reconhecidos no presente tratado ou na Convenção de Berna e que restrinjam, em relação às suas obras, a realização de atos não autorizados pelos autores em questão ou não permitidos por lei.

Disposição semelhante está contida no art. 18 do Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução de Fonogramas (1996); todavia, verifica-se que o texto dos referidos tratados não fazem qualquer menção acerca da responsabilidade dos provedores de internet na ocorrência de eventual infração aos direitos protegidos por tais instrumentos, apenas estabelecendo obrigações genéricas que devem ser adotadas pelas partes contratantes. Evidentemente, as Convenções de Paris e Berna também não contam com qualquer disposição nesse sentido, eis que foram firmadas em 1883 e 1886, respectivamente, mesmo considerando as posteriores revisões pelas quais passaram.

A despeito da inexistência, no plano internacional, de qualquer tratado ou convenção específica a respeito da responsabilidade dos provedores de internet (assim considerados instrumentos de vocação universal e não firmados no âmbito de blocos regionais), é importante mencionar a Convenção sobre o Cibercrime, também conhecida como Convenção de Budapeste. Referida Convenção, cuja entrada em vigor se deu em 1º de julho de 2004, visa, dentre outros objetivos, combater infrações relacionadas à propriedade intelectual, observando-se a Convenções de Berna e de Paris, e o Tratado sobre Direitos Autorais da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, por meio da harmonização da legislação em matéria criminal dos países signatários, da adoção dos instrumentos necessários a investigação e repressão de tais delitos, bem como de um regime de

cooperação internacional. Não obstante, são signatários da Convenção de Budapeste tão somente alguns países do Conselho Europeu (Albânia, Armênia, Áustria, Bélgica, Bulgária, Croácia, Ilha de Chipre, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Itália, Letônia, Moldova, Holanda, Noruega, Polônia, Portugal, Romênia, Espanha, Suíça, República Iugoslava da Macedônia, Ucrânia e Inglaterra), além da adesão do Canadá, Japão, África do Sul e dos Estados Unidos.

Ainda, é possível verificar algumas iniciativas no âmbito de organizações internacionais com a finalidade de estabelecer diretrizes ao tema do comércio eletrônico e, conseqüentemente, de harmonizar as legislações locais dos países-membros respectivos. Vale mencionar, aqui, a Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), de 1996; a Declaração sobre Comércio Eletrônico Global, da Organização Mundial do Comércio (OMC), de 1998; as Diretivas sobre Proteção ao Consumidor no contexto do Comércio Eletrônico, da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), de 1999.

Já no âmbito da União Europeia, a responsabilidade dos provedores de internet é tratada em duas Diretivas, a saber, Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação e a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico.

A Diretiva 2000/31/CE visa harmonizar o tratamento destinado ao comércio eletrônico no âmbito comunitário, inclusive tratando da responsabilidade dos provedores de serviços de internet (na redação da Diretiva, adota-se o vocábulo *prestador* no lugar de *provedor*). Nesse sentido, dispõe em seus art. 12 e 15:

Artigo 12.

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 selecione o destinatário da transmissão; e
- c) Não selecione nem modifique as informações que são objeto da

transmissão.

2. As atividades de transmissão e de facultamento de acesso mencionadas no n. 1 abrangem a armazenagem automática, intermédia e transitória das informações transmitidas, desde que essa armazenagem sirva exclusivamente para a execução da transmissão na rede de comunicações e a sua duração não exceda o tempo considerado razoavelmente necessário a essa transmissão.

3. O disposto no presente artigo não afeta a possibilidade de um tribunal ou autoridade administrativa, de acordo com os sistemas legais dos Estados-Membros, exigir do prestador que previna ou ponha termo a uma infração.

Artigo 15

Ausência de obrigação geral de vigilância

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

2. Os Estados-Membros podem estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as atividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.

Conforme se verifica, a Diretiva estabelece a irresponsabilidade dos provedores de internet nas hipóteses em que estes atuem como meros transmissores de dados, salvo se estiverem na origem da transmissão, selecionarem o destinatário final ou selecionarem / modificarem o conteúdo da transmissão. Ainda, determina que tal irresponsabilidade somente se verifica até o momento em que determinada autoridade (administrativa ou judiciária) exija do provedor que previna ou ponha termo a uma infração, de forma que, em não atendendo referido comando, surge a hipótese de responsabilidade do provedor pela infração praticada.

Isso porque, nos termos do que determina o art. 15 da Diretiva 2000/31/CE, os provedores não têm a obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmitam ou armazenem, de forma que, somente após a ciência da infração ou determinação da autoridade para que impeçam ou retirem o conteúdo infrator, é que pode surgir a hipótese de responsabilização.

A Diretiva 2001/29/CE, por sua vez, visa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Em relação às considerações iniciais da referida Diretiva, vale destacar o item 29, para o qual a

questão do esgotamento (teoria a qual prevê que, exercido o direito de exclusividade sobre um objeto de reprodução na primeira transferência de propriedade deste, cessam os direitos do titular nas transações subsequentes) não é pertinente no caso dos serviços, em especial dos serviços em linha, de forma que cada serviço em linha constitui um ato que deverá ser sujeito a autorização quando tal estiver previsto pelo direito de autor ou direitos conexos. A Diretiva deixa claro, portanto, que a teoria do esgotamento não é aplicável ao meio virtual, sendo que o titular dos direitos autorais detém exclusividade em autorizar a reprodução do conteúdo a cada acesso realizado pelos usuários.

Dispõe a Diretiva 2001/29/CE em seu art. 5º:

Artigo 5º

Exceções e limitações

1. Os atos de reprodução temporária referidos no artigo 2º, que sejam transitórios ou episódicos, que constituam parte integrante e essencial de um processo tecnológico e cujo único objetivo seja permitir:

a) Uma transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou

b) Uma utilização legítima de uma obra ou de outro material a realizar, e que não tenham, em si, significado econômico, estão excluídos do direito de reprodução previsto no artigo 2º.

O artigo acima transcrito dispõe, em harmonia com as determinações da Diretiva 2000/31/CE, que não poderá ser considerado violação de direito autoral a mera transmissão numa rede entre terceiros por parte de um intermediário, ou seja, a atividade do provedor de serviços de internet, enquanto atua somente como transmissor de dados, sem qualquer domínio sobre o conteúdo, não se configura como reprodução não autorizada de conteúdo protegido pelo direito do autor, não ensejando, portanto, a sua responsabilização, eis que fundamental ao funcionamento da internet (que opera por meio de uma série de cópias das informações transmitidas e seu armazenamento temporário em servidores até que chegue ao usuário final).

A legislação federal norte-americana, por sua vez, trata do assunto por meio de dois diplomas legais, a saber, o *Communications Decency Act* (CDA), de 1996, e o *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), de 1998. O CDA, editado inicialmente com a finalidade de controlar conteúdos considerados “indecentes” na rede (sendo julgado parcialmente inconstitucional pela Suprema Corte norte-americana, que

entendeu pela violação do direito à liberdade de expressão), trata também da responsabilidade dos provedores de internet, estabelecendo que não serão responsáveis os provedores quando atuarem como meros intermediários do conteúdo.

Segundo LEONARDI (2005, p. 46):

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 para 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.

O DMCA também tratada do tema responsabilidade dos provedores, porém diretamente relacionado à questão dos direitos autorais. De acordo com o DMCA, não apenas a reprodução de material não autorizado constitui infração, mas também a produção e a distribuição de tecnologia que permita neutralizar medidas de proteção dos direitos de autor. No que diz respeito à responsabilidade dos provedores, segue a tendência já apontada pelo CDA, e posteriormente seguida pelas Diretivas europeias, no sentido de que não haverá responsabilidade do provedor quanto este atue como mero transmissor de dados, sem controle sobre o conteúdo ou conhecimento da ilegalidade deste.

Mais recentemente, os projetos de lei norte-americanos *Stop Online Piracy Act* (SOPA) e *Protect Intellectual Property Act* (PIPA), que tramitaram perante a Câmara e o Senado, respectivamente, pretendiam, em síntese, responsabilizar diretamente os sites que armazenassem conteúdo que infringisse direitos autorais, ainda que postados por terceiros, determinado a remoção automática dos mesmos, sem apreciação prévia pelo Poder Judiciário, em patente retrocesso aos sistemas acima mencionados. Diante da grande mobilização contra os projetos, todavia, estes foram arquivados em janeiro deste ano, por tempo indeterminado.

Não obstante, a discussão demonstra que a questão da responsabilidade dos provedores de serviços de internet ainda não é pacífica entre os atores interessados no assunto, diante da assimetria de interesses existente, a despeito da tendência de se considerar pela irresponsabilidade dos provedores quando estes atuem como meros transmissores de dados, em prol dos direitos à intimidade (não invasão aos

conteúdos postados e transmitidos entre os usuários) e à liberdade de expressão / direito à informação (responsabilidade do provedor apenas após tomar ciência da ilicitude dos conteúdos e se nada fizer a respeito, sob pena de causar prejuízo de milhares de usuários de determinado site).

No Brasil, a Lei 9.279/1996 dispõe acerca dos direitos de propriedade industrial, enquanto a Lei 9.610/1998 trata dos direitos autorais. De acordo com o art. 7º da Lei 9.610/1998, “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro (...)”; da mencionada redação fica claro que a proteção se estende a obras fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, possibilitando a inclusão da proteção de obras fixadas em suporte digital, portanto.

Vale mencionar, ainda, a existência do Projeto de Lei 2.126/2011 (conhecido como “Marco Civil da Internet”), em trâmite perante o Congresso Nacional, que tem por objetivo estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, tratando dos direitos e responsabilidades dos usuários, provedores de serviços e o papel do Poder Público com relação à Internet.

De acordo com o texto do Projeto de Lei, o uso da internet no Brasil tem como fundamento, dentre outros, a pluralidade, a diversidade, a abertura e a colaboração (art. 2º, III e IV); como princípio, estabelece a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei. (art. 3º, VI).

Não obstante, o Projeto é claro quanto à responsabilidade dos provedores em relação a conteúdos gerados por terceiros, estabelecendo regra em consonância com o acima disposto, a saber:

Art. 14. O provedor de conexão à Internet não será responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 15. Salvo disposição legal em contrário, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Dessa forma, verifica-se forte tendência no sentido de se optar pela não responsabilização dos provedores enquanto meros transmissores de dados, inclusive diante do que dispõe o art. 8º do referido projeto, a saber, “A garantia do

direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet”.

As determinações do Projeto de Lei 2.126/2011 encontram-se em consonância com as disposições das legislações alienígenas (originárias da União Europeia e Estados Unidos), acima mencionadas, de forma que se verifica, a despeito da inexistência de um instrumento de alcance global sobre o assunto, a tendência a tratar de maneira harmônica a questão da responsabilidade dos provedores de serviços de internet e da proteção aos direitos de propriedade intelectual na rede.

4.2 Responsabilidade dos provedores de internet por infração a direitos de propriedade intelectual

De acordo com as disposições apresentadas no tópico anterior, é possível visualizar uma tendência no que tange a responsabilidade dos provedores de internet na hipótese de publicação de conteúdos ilícitos, inclusive os assim considerados em razão da violação à propriedade intelectual.

Não obstante, e conforme destacado anteriormente, é prudente, inicialmente, verificar o papel desempenhado por cada provedor na transmissão da informação a fim de estabelecer as regras para a determinação da responsabilidade, todavia é certo que o conhecimento prévio acerca do conteúdo publicado é ponto fundamental para tanto.

Neste ponto, cabe enumerar os deveres atribuídos aos provedores de internet, quais sejam: utilizar tecnologias apropriadas; conhecer os dados de seus usuários (inclusive podendo ser responsabilizado por eventuais dados falsos, incompletos ou desatualizado); manter informações por tempo determinado (a fim de possibilitar a obtenção de dados e localização de eventuais infratores); manter em sigilo os dados dos usuários; não monitorar dados e conexões de seus servidores; não censurar; informar em face de ato ilícito cometido por usuário (LEONARDI, 2005). A observância de tais deveres será de crucial importância na determinação da responsabilidade, especialmente em se tratando de conteúdo publicado por terceiro, conforme se verá a seguir.

Em relação a conteúdos postados pelo próprio provedor, uma vez verificado que se trata de conteúdo ilícito e, portanto, potencialmente causador de dano a

terceiro, restará configurada a existência de responsabilidade em reparar eventuais prejuízos ocorridos. Isso porque, sendo o próprio provedor o agente da ação, e desde que presentes os demais requisitos, claro está o surgimento da noção de responsabilidade.

Dessa forma, verifica-se que em se tratando de provedor de *backbone* ou de acesso, uma vez que estes são responsáveis apenas por permitir ao provedor de acesso obter conectividade e atuar como “ponte” entre o provedor de *backbone* e o usuário final, respectivamente, não há que se falar em responsabilidade dos mesmos por ato próprio, no caso de publicação que viole os direitos de propriedade intelectual, eis que não são responsáveis pelas publicações de dados, salvo na hipótese de estarem atuando, de forma excepcional, na origem da transmissão do conteúdo.

O mesmo pode ser dito do provedor de hospedagem, cuja função principal é oferecer armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto e a possibilidade de acesso aos mesmos. Assim, não há que se falar em sua responsabilidade por ato próprio, pois não faz parte de suas funções a publicação de conteúdo, mas tão somente o armazenamento deste.

Todavia, no que tange aos provedores de conteúdo (bem como outras espécies de provedores quando estiverem atuando em função atípica de prover conteúdo), quando disponibilizam na rede informações criadas por si próprios, é possível a imputação aos mesmos de responsabilidade quando o conteúdo divulgado infringir os direitos de propriedade intelectual. Considerando os elementos essenciais que dão origem ao instituto da responsabilidade, não há grandes discussões relativas a conteúdos postados pelo próprio provedor, eis que, na condição de agente direto causador do dano e na condição de detentor de controle prévio sobre a informação, deve responder pelo mesmo.

Vale observar, outrossim, que a responsabilidade pode ser imputada não apenas pela divulgação do conteúdo em si em suas páginas, mas também pela divulgação de links ou outras ferramentas que induzam o usuário a acessar conteúdo, ainda que em páginas de terceiros, protegido por direitos de propriedade intelectual, sem autorização de seu titular. Nestes casos, tem se exigido a comprovação de que o provedor tenha conhecimento sobre os links existentes em suas páginas e os conteúdos aos quais os mesmos remetem. Apesar de a observação poder parecer absurda em um primeiro momento, uma vez que o

provedor de conteúdo é o responsável pela publicação de todas as informações em seus domínios, cumpre lembrar que existem alguns serviços os quais permitem que os sites e até mesmo blogs contem com serviços de atualização automática de notícias.

Neste caso, não há que se falar em ato praticado pelo próprio provedor, uma vez que este apenas recebe em sua página conteúdos de forma automática e sem qualquer controle editorial sobre os mesmos, de forma que não é possível vislumbrar, em um primeiro momento, a responsabilização do provedor de conteúdo por link existente em sua página, decorrente de serviço prestado por terceiro, por inexistência de controle prévio sobre a informação, salvo se configurada alguma das hipóteses de responsabilização por ato de terceiro.

Sendo o controle prévio sobre a informação o elemento que torna um provedor de conteúdo responsável pelo que divulga, não há como pretender que ele responda sempre objetivamente por informações disponíveis em outros provedores de conteúdo, pelo simples fato de ter oferecido um meio de acesso rápido a tais informações. (LEONARDI, 2005, p. 145)

Destarte, trata-se da aplicação, nesse campo, da responsabilidade subjetiva do provedor de internet quando disponibiliza aos usuários links que remetam a outros provedores, uma vez que somente poderão ser responsabilizados no caso de realizarem controle editorial prévio ou ao menos terem conhecimento sobre as informações a que o link remeta.

Em precedente jurisprudencial norte-americano, a Corte de Apelações do 2º Circuito formulou um teste de legalidade a fim de determinar a responsabilidade daquele que mantém, em seu próprio site, link que remete a conteúdo de terceiro, devendo-se comprovar que o indicador do link a) tinha, ao tempo em que fez o link, pleno conhecimento do conteúdo a ele associado; b) sabia que o conteúdo linkado era ilegal em face do DMCA; c) criou e manteve o link com a finalidade de disseminar conteúdo ou código ilícito. (REINALDO FILHO, 2005, p. 79)

O teste formulado pela Corte de Aplicações pode ser tomado como parâmetro para se determinar a responsabilização dos provedores de conteúdo no caso de publicação de links, adaptando-se suas disposições ao ordenamento interno de cada país, eis que consagram os preceitos já destacados anteriormente, quais sejam, de que o controle prévio e o conhecimento sobre os conteúdos postados são fatores

determinantes na aferição da responsabilidade.

Tome-se, como exemplo, site que reúne links os quais, por sua vez, remetem a servidores que abrigam diversos arquivos de filmes e séries para *download*, sem autorização para tanto dos titulares dos direitos autorais; neste caso, uma vez que o site tem pleno conhecimento do conteúdo acessado por meio dos links, inclusive destinando-se justamente a facilitar o acesso aos mesmos, ao reuni-los todos sob a mesma página, fica configurada sua responsabilidade pelo conteúdo ilícito divulgado, solidariamente ao provedor original de tal conteúdo.

Por outro lado, um site que conte com uma barra lateral de notícias, alimentada exclusivamente por provedor de informação independente, não poderá ser responsabilizado caso algum dos links de tais notícias remeta a conteúdo que viole direitos de propriedade intelectual, uma vez que não exerceu qualquer controle sobre os mesmos.

No que diz respeito à responsabilidade por ato de terceiro, tal tendência se traduz, em linhas gerais, na possibilidade de responsabilização dos provedores em decorrência de conteúdos ilícitos publicados por terceiros desde que, uma vez notificados, não tomem as providências cabíveis a fim de remover o conteúdo / impedir sua publicação.

Trata-se do princípio conhecido como *Notice and Take Down* (comunicação e remoção), segundo o qual, a partir do momento em que o provedor toma conhecimento do conteúdo ilícito publicado em seus domínios, fica obrigado a removê-lo, sob pena de ser considerado solidariamente responsável pela sua divulgação; isso porque tal princípio permeia a temática da responsabilidade dos provedores independentemente da natureza destes, ao instituir que, não obstante o provedor não tenha o dever de fiscalizar todo o conteúdo postado sob seu domínio (pelo contrário, deve se abster de monitorar dados e conteúdos dos usuários, sob pena de violação do princípio da privacidade), não pode deixar de removê-lo tão logo tome conhecimento de sua existência.

Tal princípio pode ser aplicado desde a utilização de links associados a conteúdos de terceiros até mensagens postadas em chats e fóruns de discussão, uma vez que o provedor não assume controle prévio de tais informações, porém ao tomar conhecimento das mesmas e, se continua a divulgá-las mesmo assim, passa a incorporar de forma consciente tais conteúdos, sendo solidariamente responsável pelos mesmos.

Também nas hipóteses de responsabilização por conteúdo de terceiros, deve ser analisada a função desempenhada pelo provedor a fim de verificar a sua responsabilidade.

Assim, no que diz respeito aos provedores de *backbone*, acesso e hospedagem, não há que se falar na responsabilidade destes por conteúdos publicados por terceiros, uma vez que atuam como meros transmissores / hospedeiros de tais informações. Ao oferecerem infra-estrutura para o funcionamento da internet, tais espécies de provedores lidam com imenso volume de dados, cujo controle, de toda forma, não seria possível em relação à licitude ou não do conteúdo das publicações, uma vez que, ao menos por ora, não seria possível distinguir, sem o auxílio da análise humana, a obra original de uma possível cópia sem autorização do titular, ou mesmo de uma paródia; o produto original do contrafeito, por meio de uma simples foto publicada em site de comércio eletrônico, etc.

O dever de controle não é inerente à prestação de serviços de acesso ou armazenamento de informações, no sentido de que não pode ser presumido do mero fato da prestação desses serviços, devendo antes decorrer da assunção desse dever e da possibilidade de técnica de o exercer efetivamente. (REINALDO FILHO, 2005, p. 187)

Ademais, somente se poderá vislumbrar eventual responsabilidade nos casos em que tais provedores tenham descumprido alguns de seus deveres, corroborando assim para a prática do ato ilícito, ou, em especial no caso dos provedores de hospedagem, no caso de terem sido formalmente notificados acerca da existência de conteúdo ilícito em seus domínios sem, contudo, removê-los. Fora de tais hipóteses, os provedores que atuam como transmissores de dados não detêm qualquer controle sobre a circulação e edição destes, de forma que não podem ser responsabilizados por tanto.

Diante disso, deverá o provedor ser notificado para remover o conteúdo, sendo recomendável que referida ordem advenha de determinação judicial, pois a remoção arbitrária decorrente de juízo superficial formulado unicamente pelo provedor poderia acarretar, por outro lado, na responsabilidade deste por descumprimento de suas próprias obrigações contratuais principais, tais como permitir acesso ou hospedar determinado conteúdo.

Os provedores de conteúdo, por sua vez, somente podem ser responsabilizados por conteúdos publicados por terceiros quando exercerem controle prévio sobre os mesmos ou, após determinação judicial para remoção do conteúdo, se assim não procederem.

Seria o caso, por exemplo, de página de comentários dos usuários moderados pelo provedor; neste caso, se o provedor opta, após leitura do comentário, em publicá-lo, e contendo este conteúdo que viole direitos de propriedade intelectual, poderá ser solidariamente responsabilizado pela infração; não obstante, caso os comentários sejam publicados automaticamente e sem qualquer controle prévio, não poderá o provedor ser responsabilizado.

Nesse sentido:

Em outras palavras, quando o provedor de conteúdo veicula quaisquer informações sujeitas a controle editorial anterior à divulgação, ainda que produzida por terceiros, não poderá afastar sua responsabilidade pelos danos porventura causados por elas, pois incorporou livremente o conteúdo lesivo a seu *web site*.

(...)

Como exposto anteriormente, os terceiros que visitam o *web site* não podem ser considerados consumidores da informação prestada quando esta é de livre acesso a qualquer pessoa. Não há lugar, portanto, para aplicação da responsabilidade objetiva prevista pelo Código de Defesa do Consumidor em razão do simples acesso a conteúdo potencialmente lesivo.

(LEONARDI, 2005, p. 181-182)

O entendimento exposto pelo autor acima deve ser observado em eventuais disputas judiciais envolvendo o assunto, pois, além da fundamentação já apresentada, a responsabilidade objetiva do provedor de conteúdo, por dados sobre os quais não possui qualquer controle prévio poderia servir de estímulo aos usuários, que, amparados no provável porte econômico do provedor, acabariam por utilizar o espaço de forma abusiva para perpetrar atos ilícitos, inclusive violação aos direitos de propriedade intelectual, sem qualquer responsabilidade efetiva sobre os mesmos, uma vez que, certamente, o vencedor da demanda buscaria sempre a reparação do dano junto ao provedor, por ser este parte de maior capacidade financeira no processo.

A despeito da alegação de que o provedor obtém lucro com o espaço no qual divulga conteúdos na internet, razão pela qual deveria ser responsabilizado pelas informações ali publicadas de forma objetiva, de forma indistinta, é importante

ressaltar que, uma vez cumpridos os deveres dos provedores e demais obrigações contratuais, não poderá este ser responsabilizado por conteúdo publicado por terceiro, sem controle prévio, uma vez que o lucro auferido em nada se relaciona com a conduta ilícita do usuário.

Não obstante, Reinaldo Filho (2005, p. 182-183) relata uma hipótese em que não haverá exclusão de responsabilidade do provedor em fóruns de discussão ou outras mensagens danosas, ainda que este esteja impedido de realizar controle prévio dos conteúdos publicados por terceiros. Trata-se dos casos em que o provedor anuncia em seu *web site* que adota um código de conduta e mobiliza esforços para respeitá-lo, uma vez que, em tal situação, está a atribuir para si próprio e de forma prévia a responsabilidade pelos conteúdos e condutas adotadas pelos usuários.

Destarte, é possível sintetizar a questão da responsabilidade dos provedores de internet da seguinte maneira: em relação a conteúdo publicado pelo próprio provedor, é certo que este assume a responsabilidade pelo mesmo, eis que atua como agente causador do dano, razão pela qual não há maiores discussões acerca da identidade e conduta do infrator.

Em relação a conteúdos postados por terceiros, há três etapas que devem ser analisadas, a fim de se verificar a responsabilidade dos provedores:

- a) Inicialmente, tem-se que a responsabilidade pelo conteúdo é do terceiro que o publicou (agente direto causador do dano), prevalecendo o princípio da irresponsabilidade dos provedores que atuem como meros transmissores de dados, bem como dos que atuem como provedores de conteúdo, quando não seja realizado controle prévio sobre este;
- b) Caso não seja possível responsabilizar o terceiro / usuário, deve-se verificar se o provedor cumpriu com todos os seus deveres, conforme elencados acima. Assim, se manteve corretamente os dados de seus usuários e, por motivo independente deste, não foi possível responsabilizá-lo, não poderá a responsabilidade recair sobre o provedor, uma vez que não houve descumprimento de quaisquer de suas obrigações;

- c) Por fim, deve-se verificar se houve notificação / determinação para remoção do mesmo (princípio *Notice and Take Down*) uma vez que, independentemente das assertivas anteriores, caso haja ordem expressa nesse sentido, a mesma não poderá ser desobedecida, sob pena de surgimento da responsabilidade do provedor, que passará a assumir de forma consciente o papel de difusor de conteúdo considerado ilícito.

Vale destacar que deve, ainda, ser observada a ocorrência de alguma hipótese de exceção, como a acima mencionada, em que o próprio provedor atribui a si a observância de normas de conduta no ambiente virtual pertencente a seus domínios; ainda, no que tange a determinação para retirada de conteúdo, cumpre ressaltar que a observação supra, no sentido de que a mesma deve emanar de autoridade judicial, trata-se de mera recomendação, eis que existem sites nos quais é possível acionar mecanismos próprios para solicitação de bloqueio / remoção de conteúdos. Todavia, e como já mencionado, o bloqueio / remoção arbitrário de conteúdos poderá acarretar no descumprimento de outras obrigações contratuais, não obstante a solicitação nesse sentido possa servir ao ofendido como meio de prova em eventual demanda, enquanto a ordem decorrente de determinação judicial torna justificada a conduta do provedor, ainda que esta viole outras obrigações, sob pena de assumir responsabilidade por ato de terceiro.

4.3 Direitos autorais: função social e direitos fundamentais

Os direitos autorais, assim compreendidos os direitos do autor e conexos, são espécies de direitos de propriedade intelectual, sendo estes considerados direitos de natureza privada. Assim como na propriedade material (imóveis, objetos, semoventes etc), a propriedade intelectual (e, portanto, imaterial, eis que se refere a bens intangíveis) confere a seu titular o direito exclusivo de usar, fruir, dispor e reaver a coisa, oponível *erga omnes*; em outras palavras, o autor da obra literária, artística ou científica possui o direito de usá-la com exclusividade, impedindo que terceiros assim também o façam sem sua prévia autorização.

Todavia, o direito de propriedade deixou de ser considerado direito individual de natureza absoluta (em especial a partir do início do século XX), passando-se, aos poucos, à adoção de enfoque que privilegia os direitos sociais e a dignidade da

pessoa humana, em detrimento do enfoque de índole estritamente patrimonialista anteriormente adotado.

Trata-se, pois, da aplicação do princípio da função social da propriedade, previsto em diversas ordens constitucionais (Chile, México, Alemanha, Itália e Espanha, apenas para citar algumas) e insculpido no ordenamento brasileiro como direito fundamental (art. 5º, XIII, Constituição Federal²) e princípio da ordem econômica (art. 170, II e III, Constituição Federal³), segundo o qual o titular da propriedade deve exercer seus direitos sobre esta de forma racional, visando ao bem-estar geral, ao desenvolvimento e ao interesse público.

Com essa concepção é que o intérprete tem que compreender as normas constitucionais, que fundamentam o regime jurídico da propriedade: sua garantia, enquanto atende sua função social, 'implicando uma transformação destinada a incidir, seja sobre o fundamento mesmo das atribuições dos poderes ao proprietário, seja, mais concretamente, sobre o modo em que o conteúdo do direito vem positivamente determinado'. (SILVA, 2009, p. 283)

Ora, ainda que o instituto da propriedade material se diferencie da imaterial em alguns aspectos (por exemplo, esta é temporalmente limitada, enquanto aquela tende à perpetuidade; esta pode ceder apenas seu direito de exploração, mas não sua autoria, enquanto aquela pode ser integralmente alienada), cuja análise não compete ao presente trabalho, é certo que o princípio da função social é plenamente aplicável também à propriedade intelectual.

Conforme expõe CARBONI (2009, p. 216), "a função social do direito de autor visa corrigir o instituto para que se reafirme como instrumento necessário ao desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico e não como um fim em si mesmo".

²Art. 5º, Constituição Federal – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

(...)

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

³Art. 170, Constituição Federal - Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

Isso porque o objeto dos direitos autorais constitui também objeto de outros direitos fundamentais (assim reconhecidos na maioria dos Estados Democráticos de Direito), tais como os direitos à liberdade de expressão e à informação, sendo certo que tal embate se torna ainda mais sensível com o surgimento da cultura do pastiche e do *remix*, da internet e outras formas de mídias interativas, onde a criação de novos conteúdos ocorre de forma colaborativa, além de constituir fonte praticamente inesgotável de pesquisa e conhecimento.

Em razão dos motivos já expostos (em especial no item 1.1), alguns chegaram a decretar que a cultura digital representaria o fim dos direitos autorais. Os direitos autorais surgiram a fim de regular a questão da cópia não autorizada por terceiros, e não as questões do compartilhamento e da simples leitura ou visualização; assim, com o colapso dos conceitos de uso, cópia e acesso, os defensores dos direitos autorais se viram diante de uma difícil escolha: ou abandonar a ideia de proteção ou tornar mais rigorosos seus padrões, a despeito dos inegáveis prejuízos que isto poderia ocasionar sobre a criatividade e a democracia (VAIDHYANATHAN, 2003, p.152-153).

Não obstante, e afastadas as correntes mais radicais sobre o assunto, é evidente que a discussão permanece, tratando-se, na realidade, de verdadeiro momento de transição, no qual se buscam novas formas de proteção, em conformidade com a realidade atual. O desafio está em encontrar uma fórmula equilibrada, na qual o direito de propriedade do autor não se sobreponha a outros direitos fundamentais, sob pena de restar configurado abuso do mesmo, eis que este deve atender a sua função de, justamente, incentivar novas criações, e não funcionar como obstáculo ao progresso intelectual.

O princípio da função social da propriedade se traduz, no campo dos direitos autorais, nas limitações e exceções previstas pelo ordenamento de cada país. Tais limitações e exceções se referem a hipóteses em que, sob determinadas circunstâncias legalmente prescritas, o uso ou reprodução da obra pode ser feito sem a prévia autorização de seu titular.

A Convenção de Berna, em seu artigo 9 (2), contém previsão genérica, nos seguintes termos: “Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor”. Destarte, e conforme já mencionado,

cabe a legislação de cada país determinar as hipóteses de limitação que entende conveniente adotar.

O TRIPS, por sua vez, dispõe em seu artigo 7º que:

“A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducentes ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”

Em linhas gerais, todavia, as hipóteses de limitação se relacionam aos casos em que é possível o uso livre da obra (pode ser realizado sem autorização e sem a necessidade de se compensar o autor da obra), como, por exemplo, a realização de citações de trecho da obra, com referência ao nome do autor; utilização de obras a título ilustrativo, com fins educacionais; reprodução de obras para fins estritamente pessoais.

É nessa seara que se apresenta o conceito do *fair use* (“uso justo”, em tradução livre), que permite a análise de cada caso concreto, levando-se em consideração fatores tais como natureza da utilização (comercial ou não comercial); “quantidade” utilizada em relação a obra total; possíveis efeitos negativos sobre o valor comercial da obra.

A doutrina do *fair use*, todavia, é utilizada predominantemente nos Estados Unidos, um dos únicos países que não regula as limitações ao direito de autor de forma taxativa, mas por meio de tal princípio, o que permite maior flexibilidade na interpretação do que pode ou não ser considerado como uso ilícito e, portanto, para fazer valer o interesse público de livre utilização de obras intelectuais (CARBONI, 2009, p. 215).

De acordo com a legislação brasileira, considerada bastante restritiva neste ponto, não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus

herdeiros; de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários; a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou; a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização; a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro; a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa; a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores (art. 46, Lei 9.610/98).

A questão da função social dos direitos autorais e das limitações legais, ainda que não seja o objeto central deste estudo, relaciona-se de forma direta com o mesmo, uma vez que é justamente a partir da discussão do que deve, ou não, ser considerado ilícito, no que tange à exploração das obras protegidas pela propriedade intelectual no ambiente da internet, que se poderá verificar a ocorrência da responsabilidade por sua publicação.

Outrossim, em relação ao princípio *Notice and Take Down* (comunicação e remoção), segundo o qual o provedor fica obrigado a remover conteúdo de seus domínios após notificação informando sobre sua ilicitude, é certo também que se exige cautela por parte do provedor, a fim de que não se violem outros direitos fundamentais, sendo prudente que se aguarde determinação judicial a fim de que

assim proceda.

Isso porque, conforme previsto no art. 5º, IX, Constituição Federal brasileira, é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, disposição esta presente também, com algumas variáveis, em diversos ordenamentos jurídicos de países de tradição democrática.

Ainda, o direito à liberdade de expressão é garantido por instrumentos de alcance internacional, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1948)⁴, em seu art. 19; a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (1950)⁵, em seu art. 10; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, de 1969)⁶, em seu art. 13.

Conforme se verifica das disposições contidas nesta última, inclusive, o direito à liberdade de expressar-se não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores.

Dessa forma, a retirada arbitrária de conteúdo poderá acarretar ao provedor

⁴**Art. 19** – Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

⁵**Art. 10** - 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

⁶**Art. 13** – 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda a propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

responsabilização por violação do direito à liberdade de expressão, uma vez caracterizada a ocorrência de censura e abuso de direito por parte do titular dos direitos sobre a obra, sendo prudente, conforme já mencionado, aguardar-se determinação judicial, a qual caberá a análise do conflito entre direitos fundamentais e a exigência de prevalência conforme o caso concreto.

4.4 Marcas: responsabilidade pela venda de produtos falsificados em sites de leilão e comércio virtual

De acordo com o exposto no item 3.2, a responsabilidade do provedor por ato de terceiro surge, de forma geral, quando há o conhecimento prévio por parte daquele acerca do conteúdo postado em seus domínios, ou, ainda, quando é notificado formalmente para remover ou impedir o acesso e assim não procede. Dessa forma, não há que se falar na ocorrência, de plano, da responsabilidade do provedor por ato ilícito praticado por terceiro.

Não obstante, na hipótese em que o provedor auferir vantagem econômica decorrente de forma direta do ato ilícito praticado pelo usuário, tal regra não deve prevalecer, vislumbrando-se, pois, o surgimento de responsabilidade por parte daquele. Assim, uma vez caracterizado o interesse financeiro do provedor nas operações do site hospedado (assim como deste em relação a seus usuários), desnatura-se a relação de simples locação de espaço, a qual passa a assumir natureza de verdadeira parceria ou sociedade comercial (REINALDO FILHO, 2005, p. 210).

É o caso, principalmente, dos sites de leilão e comércio virtual, em que o site fornece estrutura para que os usuários comercializem seus produtos, auferindo vantagem econômica (geralmente sob a forma de comissionamento) em razão das transações realizadas. Tal atividade, amplamente difundida na internet, pode gerar a responsabilização do site ou mesmo do provedor de hospedagem quando os produtos comercializados forem falsificados, respondendo assim pelo ato ilícito praticado pelo vendedor.

A exigência dessa comissão vinculada à venda dos produtos ou serviços impõe a essas empresas o dever de fiscalizar atentamente os anúncios realizados por seus usuários, encargo que não pode ser transferido aos terceiros porventura lesados pelo anúncio. Vale dizer,

a fiscalização dos produtos e serviços oferecidos no *web site* de 'leilão' é um ônus exclusivo da empresa que o opera, já que ela se beneficia diretamente das vendas realizadas por seu intermédio. Nesse contexto, não são os terceiros lesados pela venda de produtos falsificados, contrafeitos ou oferecidos em violação a direitos de propriedade intelectual que devem designar funcionários para localizar anúncios que violem seus direitos em tais *web sites*, mas sim as empresas que a operam, desde que a ilicitude da oferta seja evidente. (LEONARDI, 2005, p. 185-186)

A Diretiva 2000/31/CE da União Europeia, já abordada anteriormente, prevê em seu artigo 14, inciso 2, disposição nesse sentido, ao determinar que a alegação de não conhecimento sobre a ilicitude do conteúdo postado por terceiro não pode ser invocada nos casos em que o destinatário do serviço atue sob autoridade ou controle do provedor.

Evidentemente, o entendimento está correto, uma vez que, ao atuar de tal maneira (configurado o recebimento de vantagem financeira), o provedor assume mesmo posição ocupada pelo terceiro, tanto em relação ao consumidor (sendo responsável, portanto, pelo fornecimento de bens em desconformidade com a legislação), como em relação ao titular do direito de propriedade intelectual violado, de forma que deve responder também por tais prejuízos.

Por outro lado, caso o provedor ou site atue como mera página de anúncios, sem o recebimento de qualquer valor pelas transações ali realizadas, não há que se falar em sua responsabilidade, de forma que, caso a empresa não conte com estrutura suficiente para realizar a fiscalização de todos os produtos anunciados em seu site, é aconselhável que atue desta forma, e não na condição de "leilão virtual", eis que esta modalidade impõe maiores responsabilidades ao seu detentor.

No Brasil, a posição encontra fundamento seja nas disposições do Código Civil⁷, seja nas disposições do Código de Defesa do Consumidor⁸, não importando, portanto, se é o caso, ou não, de relação de consumo, pois basta que fique

⁷**Art. 932, Código Civil.** São também responsáveis pela reparação civil:
(...)

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933, Código Civil. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

⁸**Art. 18, Código de Defesa do Consumidor.** Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

caracterizada a prática do ato ilícito (consistente na violação de direitos de propriedade intelectual – no caso, a marca) e o recebimento de vantagem econômica por parte do provedor para que se invoque a sua responsabilidade.

Não obstante, tal entendimento ainda não é pacífico, o que ficará demonstrado mais adiante, com a análise de casos semelhantes envolvendo jurisdições distintas.

5 PROBLEMAS DE JURISDIÇÃO E LEGISLAÇÃO APLICÁVEIS NO CIBERESPAÇO

Um dos maiores desafios referentes à regulamentação do ciberespaço diz respeito à sua natureza transnacional, característica esta que coloca em posição delicada institutos até então consolidados pelo Direito Internacional, como o da soberania e o da jurisdição.

Isso porque enquanto tal fenômeno (internet e circulação transfronteiriça de informações) se caracteriza pela produção de efeitos múltiplos (no que tange ao espaço) e simultâneos (no que tange ao tempo), decorrentes de um único ato, os conceitos tradicionais de soberania e jurisdição se caracterizam pela linearidade e unicidade de seus efeitos.

De acordo com definição do jurista Miguel Reale (*apud* DALLARI, 2003, p. 80), soberania é o “poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência”. A partir desse conceito, é possível verificar que os efeitos decorrentes do poder soberano somente possuem validade e eficácia dentro de território submetido àquele, sob pena de afronta a princípios do Direito Internacional Público, como os da autodeterminação dos povos e da igualdade jurídica dos Estados, de forma que, em relação aos demais Estados, a soberania assume o sentido de independência.

A jurisdição, por sua vez, consiste no poder estatal de afirmar, de forma definitiva, qual o direito aplicável ao caso concreto, conceito este intimamente ligado às ideias de territorialidade e soberania, sendo, portanto, a característica do Estado Nacional mais afetada pelos efeitos da circulação transfronteiriça de informações digitais; a análise de tal conceito, não obstante, deve ser feito sob a ótica do Direito Internacional, e não interno, uma vez que a soberania, componente que a fundamenta, está diretamente relacionada ao Direito Internacional Público (BARBOSA, 2001).

A sociedade internacional, em contraste à organização estatal soberana, constitui-se de forma heterogênea e descentralizada. Isso significa que inexiste um poder centralizador que subordine os sujeitos de Direito Internacional, ao contrário do que ocorre com o poder estatal, ao qual se subordinam todos aqueles que se encontrem vinculados a sua jurisdição, seja em razão do território ou até mesmo da

nacionalidade.

Nesse sentido, não há um poder central internacional ou um governo mundial, mas vários centros de poder, como os próprios Estados e organizações internacionais, não subordinados a qualquer autoridade maior. Com isso, Celso Albuquerque Mello afirma que a sociedade internacional não possui uma organização institucional. Ainda nesse sentido, podemos afirmar que a sociedade internacional é caracterizada não pela subordinação, mas sim pela coordenação de interesses entre seus membros. (PORTELA, 2011, p. 43)

Assim, diante da inexistência de normas gerais e de um poder central no plano internacional, o que se verifica é que os Estados passam a regular suas obrigações principalmente por meio de tratados, costumes internacionais e princípios gerais do Direito (todos estes fontes do Direito Internacional Público). Dessa forma, via de regra, não é possível ao Estado prolator de uma decisão fazer com que a mesma seja oponível em relação a terceiro Estado, uma vez que tal imposição encontra resistência no poder soberano deste.

Comparando tais lições, observamos claramente que existe uma eficácia pragmática, voltada aos aspectos processuais, de efetiva prestação jurisdicional e pacificação das demandas submetidas ao Estado, enquanto a validade, de cunho político e nacional, visa a possibilidade de o Estado conhecer e pacificar uma eventual demanda. Enquanto a primeira, a eficácia da jurisdição, é ato, a segunda, a eficácia mais vinculada à soberania, é potência. (BARBOSA, 2001, p. 43)

Por outro lado, a internet organizou-se, de forma espontânea, como comunidade global, independente da organização geopolítica do planeta, criando assim alguns impasses na resolução de problemas decorrentes de sua utilização, tendo em vista sua completa aleatoriedade em relação aos institutos de Direito Internacional Público bem como de resolução de conflitos de lei no espaço adotados até então; os elementos de conexão, critérios utilizados pelo Direito Internacional Privado para determinar a lei aplicável e solucionar o conflito de leis no espaço, perdem sentido diante da inexistência de referenciais físicos na internet, impondo assim a necessidade de adoção de novos parâmetros.

Por esse motivo, conforme bem observado por Cláudio Roberto Barbosa (2001, p. 145), trata-se o tema em questão de categoria de estudo necessariamente internacional.

Conforme já mencionado, em face da inexistência de um poder centralizador supranacional, não há que se falar, outrossim, em jurisdição internacional⁹. O que se denomina jurisdição internacional é, na verdade, atribuição exercida por entes criados com finalidades específicas pelos Estados, por meio de tratados, responsáveis por assegurar ou até mesmo aplicar ao caso concreto as normas internacionais. Verifica-se, portanto, que o elemento da voluntariedade é essencial para o surgimento da jurisdição internacional, de forma que apenas se submetem a seus efeitos os entes que assim se manifestarem expressamente, ao passo em que, nos ordenamentos jurídicos internos, a submissão à jurisdição é automática e independe de qualquer ato de vontade.

Destarte, o que se constata é que o conceito de jurisdição adotado no plano internacional não equivale àquele adotado tradicionalmente, de forma que a questão enfrentada seria, na realidade, determinar qual o Estado competente, por meio de sua jurisdição, para conhecer um conflito cujo objeto ou efeitos são transnacionais, bem como qual a lei que deverá ser aplicada no caso concreto, conforme verificar-se-á adiante. Não obstante, para o Direito Internacional Privado, não haveria sequer que se falar em conflitos de jurisdição (competência internacional) propriamente dito, uma vez que o entendimento pacificado é no sentido da aplicabilidade da *lex fori*¹⁰ em tema de jurisdição e competência (BARBOSA, 2001, p. 75).

A questão da lei aplicável surge, por sua vez, pelo motivo de que as condições para existência e proteção dos direitos de propriedade intelectual são fixadas por legislações nacionais e o alcance de sua proteção é territorial (GARCÍA-CASTRILLÓN *in* WACHOWICZ, 2010, p. 262), o que impediria, a princípio, que a legislação de um Estado fosse invocada em território de terceiro.

Desse modo, determinado Estado pode prever em seu ordenamento interno proteção mais branda que outro aos direitos de propriedade intelectual, seja em relação ao objeto ou até mesmo ao prazo de sua duração, o que gerará possíveis

⁹Diante de tal característica, há correntes que chegam até mesmo a negar a própria existência do Direito Internacional, uma vez que, não existindo uma ordem mundial organizada, as normas internacionais teriam natureza meramente moral e de pura cortesia (PORTELLA, 2011, p. 51). Não é objetivo do presente trabalho, todavia, adentrar com mais profundidade nessa discussão, valendo apenas destacar que a corrente acima apresentada deve ser rechaçada, em face de seu radicalismo e, sobretudo, diante da existência de um corpo de princípios e institutos que regem o Direito Internacional, a despeito de este apresentar diversas peculiaridades em relação ao ordenamento jurídico interno dos Estados.

¹⁰ *Lex fori* é o termo utilizado para designar que a lei aplicável será a da jurisdição em que a ação foi proposta, quando esta apresenta algum elemento de estraneidade.

conflitos quanto à lei que deverá ser aplicada ao caso concreto quando se encontrar envolvido em litígio que envolva elementos de estraneidade (no caso de a violação ocorrer no território de país que adote proteção menos rígida, e, sendo o titular do direito originário de país mais rigoroso, evidentemente este buscará a aplicação da lei de seu país de origem, enquanto o primeiro tentará impedir que tal ocorra com base no princípio da *lex fori*).

Tal ocorre, conforme bem observado por Marcel Leonardi (2005, p. 220), uma vez que, “assim como não é possível a uma nação impor sua vontade fora de seus limites territoriais, mostra-se inviável estabelecer regras para o que pode ou não ser divulgado na internet por cidadãos de outros países”.

No Brasil, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 4.657/1942), determina em seu art. 17 a possibilidade de aplicação de lei estrangeira pelo juiz nacional desde que esta não viole a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Os limites estabelecidos a partir da norma contida no art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro decorrem da imperatividade de regras e princípios que desempenham uma espécie de ‘defesa’ do ordenamento jurídico doméstico contra a presença do direito estrangeiro, quando este seja, em sua essência, incompatível com o sistema de valores e fundamentos que mantêm a integridade e a unidade da ordem jurídica de determinado Estado. (BASSO, 2011, p. 290)

Outrossim, em relação aos demais Estados, será necessário verificar em seus respectivos ordenamentos acerca da possibilidade e condições para a aplicação da lei estrangeira, a qual, evidentemente, não poderá ser imposta caso não atenda a tais requisitos.

Considerando-se tal contexto, é evidente que a solução para as questões envolvendo conflitos de jurisdição e lei aplicável no ciberespaço não é tarefa das mais simples, em face da existência de múltiplos e heterogêneos sistemas jurídicos, o que acaba por colocar em risco a efetiva aplicabilidade das normas de proteção à propriedade intelectual no âmbito internacional. O delineamento de novos parâmetros encontra-se ainda em fase de experimentação e aperfeiçoamento, cabendo ao presente estudo apontar as principais tendências relacionadas à questão.

A despeito da paulatina mitigação do conceito de soberania na atual

sociedade internacional globalizada, é certo que os problemas enfrentados vêm sendo contornado com a utilização de mecanismos previstos pelo próprio Direito Internacional, não havendo que se falar, portanto, na ocorrência de total ruptura com os mesmos.

Dessa forma, além da competência do foro do domicílio do réu, verifica-se que tem se reconhecido competência para conhecer do litígio à jurisdição afeta ao local do dano, dada a relação de proximidade com os prejuízos reclamados, decorrentes da publicação indevida de conteúdos que violem direitos de propriedade intelectual (tal critério vem sendo adotado, inclusive, para fins de definir a competência interna, em casos envolvendo danos causados por meio da internet). Evidentemente, tal hipótese não prevalecerá em se tratando de responsabilidade contratual, no caso das partes terem firmado cláusula de eleição de foro. Não obstante, considerando-se o tema do presente estudo, é certo tratar-se, na maioria dos casos, de responsabilidade extracontratual, decorrente da violação de direitos de propriedade intelectual por terceiros na internet.

A competência do local do dano está prevista, inclusive, no art. 5º, (3), da Convenção de Bruxelas (vigente no âmbito da Comunidade Europeia), segundo o qual o requerido com domicílio no território de um Estado Contratante pode ser demandado em outro Estado Contratante, perante o tribunal do lugar onde ocorreu o fato danoso, em se tratando de matéria extracontratual.

A despeito de tal definição, persiste a problemática da ocorrência de danos em diversas localidades, em razão de sua natureza transnacional. Neste caso, adotando-se o critério da competência pelo local do dano, far-se-ia necessária a propositura de ações diversas nas respectivas jurisdições onde os mesmos se verificassem (competência concorrente), inclusive considerando-se que somente cada Estado poderá determinar a remoção / impedimento de acesso a conteúdo acessado por meio de provedores submetidos a sua jurisdição; ademais, ainda que fosse possível determinar a remoção diretamente ao infrator “original”, por meio de uma única ação, o conteúdo acessado em localidades diversas pode ficar temporariamente armazenado em servidores de acesso remoto, bem como já ter sido replicado e armazenado nos computadores pessoais de diversos usuários, o que demandaria, de toda forma, a propositura de ações diversas em cada localidade onde se verificasse a ocorrência de prejuízos.

Tal manejo, todavia, revela-se inviável na prática, seja pela alta complexidade

que demanda bem como pelos altos custos que acarretaria ao titular do direito violado, o que serviria como verdadeiro desestímulo à proteção global da propriedade intelectual.

Por outro lado, a adoção de norma única para solucionar conflitos de jurisdição poderia ter efeitos igualmente indesejados, ao propiciar o surgimento de “Estados de aluguel”, sob a “proteção” dos quais os infratores dos direitos de propriedade intelectual poderiam se abrigar, imunes a qualquer responsabilidade (SANTOS *apud* BARBOSA, 2001, p. 146).

Conforme bem destacado por Marcel Leonardi (2005, p. 222), todavia, não poderá o provedor se valer da alegação de que eventuais conteúdos se encontram armazenados em Estado cuja legislação os considera lícito, utilizando-se de tal artifício a fim de difundi-los (no caso, conteúdos que infrinjam os direitos de propriedade intelectual) em país que o considera ilícito; assim, deve ser levado em consideração o domicílio do agente e o destino preponderante das informações (domicílio do réu e local do dano, respectivamente), a fim de se definir a jurisdição e, eventualmente, a legislação aplicável ao caso concreto, pois, de outra forma, estar-se-ia compactuando para a ocorrência de inúmeras fraudes nesse sentido.

A adoção de tais parâmetros é essencial para evitar as práticas acima mencionadas, uma vez que, inevitavelmente, cada país adotará normas em conformidade com o seu próprio contexto e necessidades, como reflexo da própria heterogeneidade da sociedade internacional.

Se fosse possível definir, no âmbito internacional, a existência de conteúdos universalmente ilegais, tornar-se-ia viável impedir sua veiculação na rede. Como nunca existiu, e certamente jamais existirá, um padrão global único de moralidade e decência, quaisquer iniciativas regulatórias ou medidas técnicas adotadas nesse sentido estão inevitavelmente fadadas ao fracasso. (LEONARDI, 2005, p. 220-221)

Destarte, é certamente no sentido da harmonização das legislações internas, principalmente por meio de tratados internacionais (mesmo diante de sua eficácia limitada às partes), e da cooperação entre os Estados, que caminha a principal tendência para solucionar tais questões, eis que, na prática, a soberania dos Estados atuará sempre como resistência para a produção de efeitos determinados por terceiros e, portanto, para a efetiva proteção dos direitos de propriedade

intelectual.

A criação de um corpo de normas de caráter internacional (tratados e convenções) é seguramente o método mais eficaz de integração e uniformização dos direitos nacionais (REINALDO FILHO, 2005, p. 153), apresentando-se como solução mais indicada para a questão do dano transnacional, por conferir segurança jurídica às relações ao mesmo tempo em que não afronta a soberania dos Estados.

Nesse sentido, a revisão de um instrumento como o TRIPS, o qual conta com adesão de grande número de Estados, diante de sua natureza de tratado constitutivo da OMC, poderia representar um avanço diante da incorporação por um expressivo número de Estados de normas harmonizadoras dos conflitos de jurisdição (e mesmo os relativos à lei aplicável), sem perder de vista a natureza especial dos bens objetos de proteção da propriedade intelectual.

Já no que diz respeito à lei aplicável, é certo que a problemática reside não na inexistência de leis sobre o assunto, mas justamente no fato de o caso concreto encontrar-se potencialmente sujeito a uma pluralidade de leis nacionais (VICENTE *in* WACHOWICZ, 2010, p. 91).

Conforme destacado anteriormente, uma vez fixada a jurisdição, dever-se-á definir qual a lei a ser aplicada à resolução da lide, o que ocorrerá por meio da aplicação das normas de Direito Internacional Privado previstas pelo ordenamento do foro competente, conforme os elementos de conexão indicados.

A adoção da *lex originis* está prevista pelo art. 3º, (1) da Diretiva 2000/31/CE, determinando assim a aplicação, no âmbito comunitário, da lei do país onde se encontra estabelecido o provedor. Ainda que se argumente a facilidade para que este desenvolva suas atividades, ao necessitar tomar conhecimento e observar tão somente o ordenamento de seu país de origem (diminuindo os riscos de sua atuação, portanto), a aplicação de tal critério pode levar à mitigação excessiva da responsabilidade do provedor, propiciando ambiente favorável a prática de ilícitos sem a possibilidade da devida responsabilização pelos mesmos.

Não obstante, no que diz respeito à propriedade intelectual, a regra consagrada para os direitos do autor e conexos (Convenção de Berna, art. 5º, 2) é a da *lex loci protectionis*, ou seja, a lei do país para cujo território a proteção é reclamada, ou seja, a lei do local do dano. No mesmo sentido prevê o art. 8º, (1), do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho 864/07, segundo o qual a lei aplicável à obrigação extracontratual que decorra da violação de um direito de

propriedade intelectual é a lei do país para o qual a proteção é reivindicada (VICENTE *in* WACHOWICZ, 2010, p. 93). Assim como ocorre com a jurisdição, a relação de proximidade com o dano é considerada fundamental na *lex loci protectionis*, não obstante o titular do direito possa, eventualmente, ser prejudicado no caso de o país onde ocorre o dano adotar legislação mais branda que o seu país de origem.

Portanto, diante da natureza transnacional da internet, o titular de direito de propriedade intelectual violado na rede ficará sujeito a tantas jurisdições e legislações quanto sejam os locais em que se verifique o dano, o que certamente acarreta em insegurança jurídica das relações travadas no plano internacional; em razão disso, a harmonização das legislações internas dos países, levando-se em conta todos os interesses envolvidos (liberdades individuais e propriedade intelectual), e a cooperação entre Estados são os instrumentos mais indicados a fim de solucionar a questão, sem perder de vista, todavia, a pluralidade de sistemas e soluções possíveis que enriquece o Direito Internacional.

6 ESTUDO COMPARADO DE CASOS: ABORDAGEM DO TEMA NAS DIFERENTES LEGISLAÇÕES

No presente capítulo, passaremos a apresentar decisões tomadas por Tribunais de diferentes jurisdições, a fim de realizar estudo comparado de casos e, por consequência, verificar as tendências nas resoluções de conflitos envolvendo propriedade intelectual e internet.

6.1 Posicionamento da jurisprudência brasileira acerca da responsabilidade dos provedores: o caso Google Brasil

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu em recente julgado o entendimento de que provedores de serviço de internet não podem ser responsabilizados por conteúdos existentes em seus domínios quando produzidos diretamente por seus usuários; apesar de o caso não envolver violação a direitos de propriedade intelectual, trata-se de verdadeiro *leading case* da jurisprudência brasileira sobre o tema da responsabilidade dos provedores, razão pela qual merece destaque.

Sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma STJ negou provimento ao Recurso Especial nº 1193764/SP interposto por I.P. da S.B. em face de Google Brasil Internet Ltda, tendo como objeto a condenação do provedor em indenização por danos morais, em razão de ofensas publicadas por usuário em página do site de relacionamentos Orkut, mantido pelo Google. O acórdão, publicado em 08/08/2011, transitou em julgado em 25/08/2011.

Em primeira instância, a requerente I.P. da S.B obteve liminar, sendo esta confirmada em sentença, para o fim de determinar a exclusão de todo o material ofensivo que relacionasse o nome da autora; todavia, teve negado o pedido de indenização por danos morais.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) manteve a decisão de origem, sob o argumento de que o provedor de serviço de internet não se equipara à figura do editor ou diretor de jornal / revista por notícias divulgadas em sua *home page* oriundas de conteúdo produzido por usuários apenas abrigados em seu sistema, desconfigurando, assim, o nexo de causalidade existente entre a conduta do provedor e o dano experimento pela apelante.

Diante do acórdão do TJ/SP, a requerente interpôs Recurso Especial junto ao STJ, sob o argumento de que, ao colocar serviços à disposição dos usuários, o provedor deve responder de forma objetiva, em razão das disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, além de alegar falhas na prestação do referido serviço, inclusive afirmando a ocorrência de fomentação do anonimato propiciado pela negligência na prestação do serviço pelo provedor.

Todavia, o STJ em entendimento unânime, determinou que o provedor não pode ser responsabilizado por material publicado por usuários no site de relacionamento por aquele mantido, isentando o Google da pretendida indenização por danos morais.

Para a Ministra Nancy Andrighi, ao disponibilizar informações, opiniões e comentários de seus usuários, bem como possibilitar a criação de páginas pessoais (perfis) e comunidades criadas pelos próprios usuários, a fim de se realizar debates e troca de informações sobre interesses comuns, o provedor assume natureza de provedor de conteúdo. De acordo com o voto da relatora, somente a partir da definição da natureza dos serviços prestados pelo provedor, é possível estabelecer os limites de sua responsabilidade, conforme analisado detalhadamente nos capítulos anteriores.

Afirma, portanto, que o provedor está obrigado a observar os deveres inerentes à sua natureza, tais como garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários, bem como o funcionamento e a manutenção das páginas na internet que contenham as contas individuais e as comunidades desses usuários.

Por outro lado, no que tange à fiscalização do conteúdo das informações postadas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos pleiteados pela Requerente; afirma, ainda, com sabedoria, que o controle editorial prévio do conteúdo das informações publicadas pelos usuários se equipara à quebra do sigilo da correspondência e das comunicações, vedada pelo art. 5º, XII, da CF/88, além de reputar temerário delegar o juízo de discricionariedade sobre o conteúdo das publicações realizadas pelos usuários aos provedores, razão pela qual não devem assumir os mesmos o dever geral de vigilância das informações que circulam sob seu domínio. Não obstante, ressalta que tal responsabilidade não é absoluta, de forma que, uma vez ciente da existência de conteúdo ofensivo, fica o provedor

obrigado a retirá-la imediatamente, sob pena de, a partir daí, ser responsabilizado pela omissão.

Dessa forma, verifica-se que o posicionamento adotado pelo STJ no que diz respeito à responsabilidade dos provedores de serviços de internet está em conformidade com o entendimento dominante no plano internacional sobre o assunto, qual seja, o da irresponsabilidade dos provedores por conteúdos publicados por terceiro, exceto na hipótese de terem sido formalmente notificados sobre sua existência, a partir de quando ficam então obrigados a efetuar a remoção / impedimento de acesso ao mesmo; ainda, impõe-se observar se houve o cumprimento dos deveres inerentes à natureza dos serviços desempenhados (sobretudo no que diz respeito ao armazenamento de dados que permitam a identificação do usuário infrator). Vale destacar, inclusive, que o voto da relatora faz menção às disposições contidas no *Communications Decency Act* e na Diretiva 2000/31 da Comunidade Europeia, ambos instrumentos de referência internacional sobre o tema.

Vale, aqui, transcrever a ementa do julgamento:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.764 - SP (2010/0084512-0)

RECORRENTE: I.P. DA S.B.

RECORRIDO: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA

RELATOR: MIN. NANCY ANDRIGHI

D.J.: 14/12/2011

EMENTA

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. *INTERNET*. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO *SITE* PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da *internet* sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

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

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

examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no *site* pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC02.

5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.

7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na *internet* (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de *internet*.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

O julgado em comento tem servido como referência no Brasil aos novos casos envolvendo a temática da responsabilidade dos provedores, havendo ainda fortes indicações (conforme disposições do já mencionado Projeto de Lei nº 2.126/2011 - “Marco Civil da Internet”) de que os parâmetros seguidos pelos Ministros do STJ serão positivados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, cabe transcrever abaixo algumas decisões adotadas pelos Tribunais de Justiça estaduais recentemente:

0004353-24.2010.8.26.0361

Embargos de Declaração

Relator(a): Paulo Alcides

Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado

Data do julgamento: 16/02/2012

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Comunidade em site de relacionamento Orkut. Ausência de responsabilidade do provedor de serviços de Internet - Google - pelas informações veiculadas. Possibilidade de identificação dos usuários através dos dados de conexão e do número de IP. Ausência de ilicitude na conduta da ré. Inocorrência das hipóteses previstas no art. 535,1 e II, do CPC.

Interposição para fins de prequestionamento que não afasta a necessidade de que exista ponto a ser aclarado em decorrência de obscuridade, contradição ou omissão, situações ausentes no recurso "sub judice". EMBARGOS REJEITADOS

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO EM SITE DE RELACIONAMENTOS (ORKUT). CONTEÚDO OFENSIVO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL NÃO ATENDIDA PELA RÉ. DEVER DE INDENIZAR. OCORRÊNCIA. Verificada nos autos a desídia da ré, ao não atender a notificação extrajudicial enviada pelo autor, por meio da ferramenta de denúncia existente no próprio site, no intuito de ver removido o perfil falso criado em seu nome, com nítido conteúdo ofensivo, causando-lhe abalo à honra e à reputação, resta evidente o dever de indenizar. Precedentes... (70049035900 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 28/05/2012, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/05/2012)

No plano internacional, podemos citar como precedentes da posição adotada pelo tribunal brasileiro os casos *Cubby Inc v. Compuserve*, no qual a Corte Distrital de Nova Iorque, ao concluir que o provedor não teve a oportunidade de exercer controle editorial prévio sobre o conteúdo divulgado em seu domínio, julgou pela inexistência de responsabilidade do mesmo em relação ao ato praticado pelo usuário, e ainda *Zeran v American On-line Inc.*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o provedor *American On-line* não poderia ser responsabilizado por material difamatório hospedado em seu sistema (REINALDO FILHO, 2005, p. 199).

6.2 Responsabilidade dos sites de leilão virtual: o caso e-Bay

Conforme examinado no item 3.4 do presente trabalho, nos casos em que se verifica o recebimento pelo provedor de vantagem econômica decorrente, de forma direta, de ato ilícito praticado pelo usuário, a regra geral da irresponsabilidade do provedor não deve prevalecer, uma vez que o mesmo passa atuar como verdadeiro parceiro comercial do usuário. Dessa forma, os sites de leilão virtual, ao exigirem comissionamento decorrente das vendas realizadas pelos usuários, passam a assumir a responsabilidade pelos atos praticados por estes. Não obstante, o entendimento não é pacífico, suscitando divergência entre os Tribunais.

No caso *e-Bay v. Louis Vuitton*, o Tribunal de Apelação de Paris condenou o

site de leilão virtual a indenizar o grupo francês Louis Vuitton Moët Hennessy (LVMH), no ano de 2008, no importe de 38,6 milhões de euros, em razão dos prejuízos decorrentes da venda de produtos falsificados das marcas pertencentes a grupo, ao disponibilizar sua plataforma como meio facilitador a práticas violadoras dos direitos de propriedade intelectual. De acordo com as alegações da empresa francesa, cerca de 90% (noventa por cento) das bolsas da marca *Louis Vuitton* e perfumes *Dior* vendidos pelo *e-Bay* eram falsificados. Para o Tribunal, o fato de o site receber comissão pelas vendas impõe ao mesmo o dever de monitorar seus usuários; não obstante, o que se verificava na prática é que o mesmo não adotava qualquer conduta a fim de impedir a venda de produtos contrafeitos, razão pela qual veio a sofrer tal condenação.

Não obstante, a Corte de Apelação do 2º Circuito norte-americana proferiu, em abril de 2010, julgamento absolutamente distinto. Em demanda proposta pela joalheria *Tiffany* também em face do site *e-Bay*, a Corte não reconheceu a responsabilidade deste pela comercialização de produtos falsificados em sua plataforma. De acordo com a decisão do caso, caberia à empresa titular da marca fiscalizar a existência de produtos falsificados na internet e notificar o site a cada constatação, pois a ela caberia o ônus de proteger a sua marca. Uma vez que na ocasião o *e-Bay* já havia implantado novo sistema para combater a venda de produtos falsificados, comprovando nos autos que procedeu à devida remoção nas ocasiões em que fora notificado, conseguiu obter provimento jurisdicional favorável aos seus interesses.

Até o momento, não há posição pacífica a respeito do tema, verificando-se a existência de outras inúmeras decisões tanto favoráveis quanto contrárias à responsabilização dos sites de leilão virtual. Os casos citados para ilustrar a questão encontram-se, inclusive, até o presente momento, em instância recursal, não se constituindo, portanto, em decisão definitiva, a despeito de tais entendimentos serem predominantes nos respectivos países de origem.

Todavia, considerando os motivos já explanados, em especial no item 3.4, o entendimento adotado pelo Tribunal francês se afigura como caminho mais aconselhável para solucionar a questão. Inclusive, foi este o entendimento adotado também em julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, em oportunidade de manifestar-se acerca do assunto, estabeleceu que a responsabilidade da empresa de leilão virtual deve ser reconhecida tendo em vista

que a mesma tinha conhecimento e era conivente com a venda de produtos contrafeitos por seus usuários, além de estar interessada na comissão pela venda de tais produtos (LEONARDI, 2005, p. 190).

O fato de o titular da marca deter o ônus de sua proteção não implica que tenha de despender recursos (tanto humanos quanto financeiros) a fim fiscalizar todos os produtos comercializados por meio da internet (tarefa esta que se afigura praticamente impossível e desestimularia a proteção dos direitos de propriedade intelectual), até mesmo por não contar necessariamente com tecnologia para tanto, enquanto os sites de leilão possuem meios mais seguros e eficazes de fiscalizar seus próprios usuários, o que fazem sobretudo para garantir o pagamento das comissões decorrentes das vendas, devendo, portanto, ser responsabilizado pelos danos causados.

6.3 Responsabilidade dos provedores na ocorrência de violação aos direitos autorais: o caso *Pirate Bay* e *Napster*

Em decisão recente, a Corte Superior de Justiça da Inglaterra julgou que o site sueco *Pirate Bay*, cuja principal atividade é permitir que seus usuários compartilhem arquivos como filmes, músicas e jogos de computador, viola direitos autorais e por esse motivo poderá ser bloqueado no país.

A ação está sendo movida pela EMI, Mercury, Sony Music, Virgin e outras gigantes do ramo fonográfico em relação a provedores de acesso à internet e pleiteia a adoção de medidas que visem bloquear ou ao menos impedir o acesso ao site *Pirate Bay*.

O *Pirate Bay* utiliza o sistema *BitTorrent*, espécie de tecnologia *P2P* (*peer-to-peer*), o que significa que cada usuário conectado realiza funções de servidor e de cliente ao mesmo tempo, ao colaborar com o carregamento direto de novos conteúdos, caracterizando-se, portanto, pela descentralização das funções convencionais de rede. Os arquivos não são armazenados em um servidor central, de forma que cada computador integrante da rede pode atuar como um mini-servidor, a partir do qual outros usuários podem baixar arquivos.

Não obstante, o *Pirate Bay* fornece um diretório organizado de conteúdo, facilitando a navegação e escolha dos usuários, e auferir vantagem econômica decorrente de tal atividade, por meio dos anúncios veiculados em seu site. Ademais,

de acordo com a decisão da Corte, em razão de o site não adotar quaisquer providências para impedir a pirataria, poderá ser responsabilizado pela conduta de seus usuários.

Nesse sentido, vale observar trecho da referida decisão, que segue abaixo transcrito:

80. Medidas para evitar violação: Apesar de sua capacidade para tanto, e não obstante as evidências judiciais produzidas em seu desfavor, os operadores do *Pirate Bay* não tomam medidas para evitar violações aos direitos autorais. Pelo contrário, como já explicado, eles ativamente incentivam a prática de violações e tratam todas as tentativas para evitá-la (judicial ou não) com desprezo. De fato, de acordo com um comunicado do site, a razão de sua recente adoção de links *Magnet* como a opção padrão é que estes "não são tão fáceis de bloquear quanto arquivos *torrent*". Isso confirma a determinação dos operadores para fazer o possível para fornecer aos usuários acesso irrestrito a arquivos *torrent* e, assim, permitir que os usuários continuem a violar direitos autorais. Como mencionado acima, o BPI (*British Recorded Music Industry*) pediu ao *Pirate Bay* que cessasse a infração contra os direitos autorais de titularidade de seus membros e do PPL (*Phonographic Performance Ltd*), mas tal pedido foi ignorado.

81. Conclusão. Em meu julgamento, os operadores do *Pirate Bay* autorizam a conduta de seus usuários de violar o direito de cópia e comunicação ao público. Eles vão muito além de simplesmente permitir ou auxiliar. De qualquer ponto de vista, eles "sancionam, aprovam e ratificam" as infrações dos direitos autorais cometidas por seus usuários. Mas, na minha opinião, eles também pretendem conceder aos usuários o direito de praticar os atos criticados. Não é defensável que eles desafiem abertamente os direitos dos titulares de direitos autorais.

84. Pelas razões mencionadas acima, concluo que tanto os usuários quanto os operadores do *Pirate Bay* infringem os direitos autorais dos Requerentes (e aqueles que estes representam) no Reino Unido (tradução livre) ¹¹

¹¹80. *Steps to prevent infringement.*; Despite their ability to do so and despite the judicial findings that have been made against them, the operators of TPB take no steps to prevent infringement. On the contrary, as already explained, they actively encourage it and treat any attempts to prevent it (judicial or otherwise) with contempt. Indeed, according to a statement on the website, the reason for its recent adoption of Magnet links as the default option is that "it's not as easy to block as .torrent files". This confirms the operators' determination to do whatever they can to provide users with unrestricted access to torrent files and thereby enable the users to continue to infringe. As noted above, BPI has asked TPB to cease infringing its members' and PPL's members' copyrights, but this request has been ignored. 81. *Conclusion.* In my judgment, the operators of TPB do authorise its users' infringing acts of copying and communication to the public. They go far beyond merely enabling or assisting. On any view, they "sanction, approve and countenance" the infringements of copyright committed by its users. But in my view they also purport to grant users the right to do the acts complained of. It is no defence that they openly defy the rights of the copyright owners. 84. For the reasons set out above, I conclude that both users and the operators of TPB infringe the copyrights of the Claimants (and those they represent) in the UK. (Case No: HC11C04518, High Court of Justice, 9 February 2012)

A decisão acima está embasada por diversos precedentes nesse sentido e também na constatação de violação a diversos tratados internacionais e Diretivas da União Europeia sobre o assunto. Conforme se verifica, ainda que o site não funcione como armazenador de conteúdos protegidos, sendo estes compartilhados diretamente entre os usuários, o mesmo fornece a estes, de forma intencional e consciente, meios para facilitar a busca e o acesso a tais informações, passando a atuar também como difusor de conteúdo protegidos por direitos autorais, razão pela qual é passível de responsabilização por ato de terceiro. Não obstante, a ação foi movida em face dos principais provedores de acesso do Reino Unido, a fim de que estes impeçam o acesso dos usuários ao *Pirate Bay*.

Como precedente, vale mencionar o caso *Napster* (2001), o primeiro site a adotar e popularizar o sistema *P2P* de compartilhamento de arquivos (especialmente músicas no formato MP3) e também a se ver envolvido em disputa judicial com a indústria fonográfica. O caso (*A&M Records, Inc. v. Napster*) representou verdadeiro marco sobre o assunto nos Estados Unidos, tendo a Corte de Apelação do 9º Circuito norte-americana determinado a responsabilização do *Napster* pelos prejuízos decorrentes da violação dos direitos autorais dos requerentes. A decisão levou em conta o fato de o site beneficiar-se economicamente de sua atividade, além de sua capacidade de controlar e supervisionar condutas ofensivas.

A questão da responsabilidade dos provedores no caso de violação a direitos autorais é questão mais sensível que a ocorrência da violação a outros direitos de propriedade intelectual, eis que envolve discussão acerca da própria definição de tais direitos no ciberespaço. Não obstante, é possível notar que, de forma geral, a atuação do provedor como difusor ativo de determinado conteúdo, sobretudo se tal atividade lhe traz ganhos econômicos, bem como a não remoção / impedimento a acesso de conteúdos após a devida notificação para tanto, e ainda sua capacidade de controle das informações disponibilizadas pelos usuários, tem servido como critérios para a determinação da responsabilidade dos provedores pelos atos praticados por seus usuários.

7 CONCLUSÃO

Conciliar os interesses envolvidos em uma relação jurídica não é tarefa simples. Nem por isso a mesma deve ser relegada a segundo plano, pois, ainda que não seja possível encontrar a perfeita harmonia entre os interesses, é (quase) sempre possível aprimorar tal relação.

Conforme se verificou da análise empreendida nos capítulos anteriores, a questão da responsabilidade dos provedores de internet, decorrente da violação aos direitos de propriedade intelectual na rede, implica em compor uma série de direitos fundamentais coexistentes ao de propriedade, além do simples direito à reparação pelo dano causado a seu titular, como a liberdade de expressão, o direito à informação, à privacidade etc.

Ainda, a análise da responsabilidade dos provedores passa necessariamente pela apreciação crise que afeta a própria estrutura do sistema de proteção aos direitos de propriedade intelectual (sobretudo os direitos autorais), gerada pelas possibilidades de acesso à informação trazidas pela internet e sua natureza transnacional.

O tema está na pauta do dia e dezenas de opções (como, por exemplo, o pagamento de uma taxa única pelos usuários para o compartilhamento de arquivos na rede) são discutidas a fim de que seja definido um novo e mais adequado modelo à proteção de tais direitos na internet. Seja qual for a opção eleita, todavia, a decisão representará verdadeira inovação ao modelo tradicional de proteção aos direitos de propriedade intelectual, afetando, conseqüentemente, os critérios para a definição da responsabilidade dos provedores decorrente da violação de tais direitos.

Trata-se, portanto, de tema em plena construção e transformação, não sendo plausível estabelecer, por ora, posições consolidadas nesse campo; não obstante, já é possível se observar o delineamento, e até mesmo o aprofundamento, de algumas tendências, em especial na União Europeia e Estados Unidos, as quais vêm servindo como referência à legislação e jurisprudência de outros Estados.

O requisito da existência de controle editorial prévio, combinado com o princípio *Notice and Take Down*, tem se mostrado razoável na definição da responsabilidade dos provedores, uma vez que, se, por um lado, a responsabilidade objetiva dos provedores representaria um encorajamento à prática de ilícitos pelos usuários, sob o manto do anonimato, a obrigação de realizar controle prévio em

todos os conteúdos postados pelos usuários representaria verdadeiro retrocesso a um dos grandes trunfos da internet, qual seja, o da comunicação instantânea e informal entre usuários de quaisquer cantos do planeta, além de onerar excessivamente o provedor com atividade estranha a seus objetivos.

Destarte, verifica-se que os principais critérios utilizados a fim de apurar a responsabilidade dos provedores buscam equacionar de maneira positiva os diversos interesses envolvidos, buscando preservar a liberdade de expressão inerente à natureza da internet, sem perder de vista a segurança jurídica essencial a qualquer relação.

Por outro lado, as barreiras à efetiva proteção de tais direitos na internet, decorrentes do embate entre a natureza transnacional da rede e, em última instância, o princípio da territorialidade (que fundamenta as noções de soberania e jurisdição), podem ser revertidas ou, ao menos, amenizadas, pelo mesmo elemento que as criou. É que a transnacionalidade da internet, ao mesmo tempo em que gera tal conflito, também faz com que o fenômeno seja experimentado de forma semelhante em diversas localidades do planeta, facilitando, nesse ponto, a harmonização legislativa.

Ora, diante da total inviabilidade da existência de uma autoridade supranacional, a harmonização dos ordenamentos internos e a cooperação internacional entre os Estados é medida que se impõe, a fim de que se possa efetivamente tutelar os direitos de propriedade intelectual na internet, bem como determinar o cabimento da responsabilização decorrente de sua infração.

A conclusão é aqui, portanto, apenas o ponto de partida, de uma discussão que acaba de se iniciar!

REFERÊNCIAS

AN INTERVIEW with WIPO Director General Francis Gurry. **WIPO Magazine**, Genebra (Suíça), n. 05, set. 2010. Disponível em <http://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2010/05/article_0001.html>. Acesso em: 20 abr. 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

BARBOSA, Cláudio Roberto. **Relações entre informação, propriedade intelectual, jurisdição e direito internacional**. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Data da defesa: 28 de agosto de 2001.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. O regime internacional de proteção da propriedade intelectual na OMC/Trips. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. (Org.). **OMC e o comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 113-160.

_____. **Propriedade intelectual na era pós-OMC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BETIOLLI, Antônio Bento. **Introdução ao Direito: lições de propedêutica jurídica**. São Paulo: Letras & Letras, 2002.

BRANCO Júnior, Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CABRAL, Gonçalo. Questões colocadas pela suspensão do acesso à internet como sanção contra a pirataria. In: WACHOWICZ, Marcos. (coord). **Propriedade intelectual: inovação e conhecimento**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 103-110.

CARBONI, Guilherme C. Aspectos Gerais da Teoria da Função Social do Direito de Autor. In: Eduardo Salles Pimenta. (Org.). **Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem ao Min. Carlos Fernando Mathias de Souza**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009, v., p. 200-216

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. Volume I. A Sociedade em Rede.** São Paulo, Paz e Terra, 1999.

CASTRILLÓN-GARCIA, Carmen Otero. Cuestiones actuales sobre la protección internacional de los derechos de propiedad intelectual: medidas em frontera e infracciones en la red. In: WACHOWICZ, Marcos. (coord). **Propriedade intelectual: inovação e conhecimento.** Curitiba: Juruá, 2010, p. 261-280.

CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual.** São Paulo: LTR, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2003.

FINDELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Direito do comércio eletrônico.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Limites do projeto iluminista: problemas operativos do Estado nacional na sociedade mundial. In: NEVES, Marcelo. (Org.). **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas.** São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 53-63.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

PORTELLA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado.** Salvador: Jus Podium, 2011.

RATTMANN, Carlos Alberto. **Direitos autorais no e-commerce via internet.** Monografia de especialização apresentada ao Centro Universitário Positivo de Curitiba/PR. Ano da defesa: 2004.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Responsabilidade por publicações na internet.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2009.

THORSTENSEN, Vera. Os acordos regionais e as regras da OMC. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do. (Org.). **OMC e o comércio internacional**. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 161-204.

VAIDHYANATAN, Siva. **Copyrights and copywrongs: the rise of intellectual property and how it threatens creativity**. Nova Iorque: NYU, 2003.

VIANNA, Ana Paula; MACHADO, Andréa. Pirataria põe em risco saúde dos brasileiros. **Angardi - Associação Nacional para Garantia dos Direitos Intelectuais**. Disponível em <<http://www.angardi.com.br/index.php/pt/noticias/noticias-clipping/129-pirataria-poe-em-risco-a-saude-dos-brasileiros>>. Acesso em 30 mai. 2012.

VICENTE, Dario Moura. Direito de autor e comércio electrónico: aspectos internacionais. In: WACHOWICZ, Marcos. (coord). **Propriedade intelectual: inovação e conhecimento**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 83-101.