



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A (IN)EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DOS PROVEDORES
DE BUSCA NA INTERNET: FALHA DE SERVIÇO OU IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA?

Gabriela Leal Freitas Venancio de Oliveira

Rio de janeiro
2018

GABRIELA LEAL FREITAS VENANCIO DE OLIVEIRA

A (IN)EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DOS PROVEDORES
DE BUSCA NA INTERNET: FALHA DE SERVIÇO OU IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA?

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Nelson Carlos Tavares Junior

Lucas Tramontano de Macedo

Rio de Janeiro

2018

A (IN)EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DOS PROVEDORES DE BUSCA NA INTERNET: FALHA DE SERVIÇO OU IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA?

Gabriela Leal Freitas Venâncio de Oliveira
Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo - Este artigo tem por objetivo demonstrar que a teoria do risco do empreendimento deve ser aplicada às empresas provedoras de busca na Internet, através do reconhecimento de que a natureza jurídica desses provedores não mais se adequa à antiquada definição de “meros intermediários”. Também se discutirá se a teoria do risco do desenvolvimento deve ser enquadrada como uma excludente de responsabilidade em situações nas quais estado atual da ciência não for hábil a identificar a existência de defeito. Por fim, será apresentada uma visão crítica à aplicação prática da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet, no tocante ao tratamento dedicado aos provedores de pesquisa. Para tanto se partirá de uma breve análise de casos concretos, tendo em vista o direito comparado, a jurisprudência nacional e a doutrina pátria dedicada ao assunto.

Palavras-chave - Responsabilidade Civil. Internet. Provedores de Busca. Risco do desenvolvimento.

Sumário - Introdução. 1. A natureza jurídica dos provedores de pesquisa na internet e a aplicação da teoria do risco do empreendimento. 2. Limitações tecnológicas na indexação da web e o risco do desenvolvimento. 3. A aplicação prática do instituto da responsabilidade civil dos provedores de pesquisa e seus desafios no ordenamento jurídico nacional. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico discute o tratamento dado pelo direito brasileiro à temática da responsabilidade civil por danos provocados na internet, especificamente, nos casos imputáveis aos sites de busca. Procura-se demonstrar que a teoria do risco do empreendimento poderá ser aplicada a essas empresas, ressalvada as situações que a ciência contemporânea ainda não logrou êxito em solucionar.

Para tanto, será adotada uma visão crítica do posicionamento jurisprudencial e doutrinário a respeito do tema, de modo a questionar a natureza jurídica dos provedores de conteúdo e separar do conceito de falha de serviço, a limitação tecnológica, não se podendo dispensar, neste caso, a configuração do elemento subjetivo.

Os provedores de pesquisa foram concebidos como um sistema de simples indexação da web, entretanto, essa tecnologia evoluiu consideravelmente, a ponto de seus algoritmos serem capazes de, não apenas customizar os resultados de busca ao perfil dos usuários (*filter bubble effect*), como de interagir diretamente com eles (BingBot, Cortana, Siri, Google

Assistant, por exemplo) levando o conteúdo antes mesmo de manifestarem interesse.

A natureza desses mecanismos já não mais se adequa ao conceito de “mero intermediário”, especialmente em dispositivos móveis, em que a interação entre usuário e provedor é notória desde o primeiro uso do aparelho, motivo pelo qual não se pode ignorar a situação de vulnerabilidade do consumidor, bem como a existência de um risco na atividade promovida por estas empresas, que, afinal, exercem uma atividade econômica altamente lucrativa.

Não obstante, o ordenamento pátrio ainda defende a regra da não responsabilização dos provedores de conteúdo, sob o argumento de que a responsabilidade deve se restringir à natureza da atividade por eles desenvolvida, que seria de simples facilitador na localização de informações na web.

Deste modo, o tema merece especial atenção pois a ciência jurídica não acompanhou a evolução dos softwares de pesquisa, ferramentas cada vez mais importantes para o desenvolvimento da chamada “sociedade da informação”.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando a natureza jurídica do serviço prestado pelos provedores de busca na internet, apresentando os motivos para se afastar a classificação de meros intermediários e, conseqüentemente, defendendo a aplicação, em regra, da teoria do risco do empreendimento para uma responsabilização objetiva.

No segundo capítulo será discutida a possibilidade de responsabilização por danos ocorridos em situações que a própria ciência ainda não pôde prever ou solucionar de forma eficiente, com enfoque na teoria do risco do desenvolvimento e no debate sobre se esse risco deve ou não ser considerado uma hipótese de exclusão de responsabilidade.

Por fim, o terceiro capítulo irá avaliar a questão da aplicação prática do instituto da responsabilidade civil dos provedores de conteúdo e seus desafios, no Brasil, a partir de uma análise crítica do Marco Civil da Internet, em especial, do art. 19, que afastou do ordenamento jurídico a possibilidade de aplicação do “*notice and takedown*” do direito estrangeiro.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, de modo que o pesquisador formulará um conjunto de proposições hipotéticas para, ao longo do artigo, comprová-las ou não de forma argumentativa.

Para tanto, a abordagem será qualitativa ante a separação de bibliografia específica para o tema, sendo a base de pesquisa eminentemente fundada na doutrina pátria e no direito comparado, tendo em vista que a jurisprudência nacional em poucas oportunidades pode tratar do tema ora mencionado, sendo ainda, por muitos, tido como desconhecido.

1. A NATUREZA JURÍDICA DOS PROVEDORES DE PESQUISA NA INTERNET E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO

O Congresso Americano aprovou, em 1996, a Seção 230 do Communications Decency Act (CDA)¹, prevendo que “Nenhum provedor ou usuário de um serviço interativo de computador será tratado como aquele que publicou ou promoveu qualquer informação proferida por outro provedor de conteúdo”, sedimentando a impossibilidade de se responsabilizar as empresas de internet por conteúdo divulgado por terceiros.

Por muitos considerada uma legislação que viabilizou o desenvolvimento e a evolução da Internet, recentemente, a Seção 230 do CDA vem sofrendo ataques e críticas que colocam em xeque essa interpretação, argumentando que, em verdade, essa lei teria conferido total imunidade às empresas de tecnologia da computação.

O atual Presidente dos Estados Unidos da América, Donald Trump, em 11 de abril de 2018 assinou uma lei chamada Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act of 2017², mais conhecida como SESTA/FOSTA segundo a qual “a seção 230 do CDA não proíbe a aplicação de leis penais e cíveis contra provedores e usuários de serviços de informática interativos, relativamente à exploração sexual de crianças ou tráfico sexual, e para outros propósitos”.

Caminhando em direção oposta, o Brasil ainda segue jurisprudência firmada no caso Xuxa Meneghel v. Google, REsp nº 1.316.921 - RJ, de 2011, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que as ferramentas de pesquisa na internet seriam “uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

Em que pese esse respeitável posicionamento, é necessário tecer algumas críticas sobre alguns aspectos técnicos que inspiraram essa definição. Em um primeiro momento é importante destacar que farta doutrina e jurisprudência defendem a aplicabilidade do Código Consumerista

¹ “No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.” UNITED STATES OF AMERICA. Title V of the Telecommunications Act of 1996. 104th Congress, 1st Session, S. 652 considered and passed the House, amended, in lieu of H.R. 1555. Oct. 12, 1995. Disponível em: <<https://www.congress.gov/104/plaws/publ104/PLAW-104publ104.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

² UNITED STATES OF AMERICA. Stop Enabling Sex Traffickers and Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act of 2017. 115th Congress, 2nd Session, H.R. 1865. April 11, 2018. Disponível em: <<https://www.congress.gov/115/crpt/hrpt572/CRPT-115hrpt572-pt1.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

à exploração da internet, sendo a pesquisa virtual propriamente serviço, nos termos do §2º do art. 3º do CDC.

Nas palavras de Fernando Antônio de Vasconcelos³: “Fica, pois, difícil dissociar o prestador de serviços da Internet do fornecedor de serviços definido no Código de Defesa do Consumidor”. Trata-se, portanto, de uma situação jurídica, em que quatro sujeitos interagem entre si: 1) os usuários; 2) os provedores de conteúdo, ou *providers*; 3) terceiros, e; 4) os próprios mecanismos de busca, ou *search engines*⁴.

Os mecanismos de pesquisa se alimentam dos conteúdos disponibilizados na *web* pelos provedores de conteúdo e das pesquisas - as *queries* - realizadas pelos usuários. Sabe-se que os *providers* têm, dentre outros, o interesse de estar bem posicionados nos resultados de pesquisa, e os usuários, além de almejar resultados cada vez mais rápidos e eficientes, desejam que seus dados não sejam utilizados para objetivos escusos, assim como terceiras partes que também desejam a preservação de sua honra e a proteção de direitos autorais, por exemplo.

As ferramentas de pesquisa mais populares, como o Google e o Bing, utilizam-se de softwares - que podem ser chamados de *crawlers* ou *spiders* - que exploram e rastreiam o conteúdo disponibilizado na internet, agrupam esses dados e os armazenam, de forma que, quando um usuário inserir a *query* na sua plataforma, a ferramenta de busca através de seus algoritmos seja capaz de acessar aquele dado para retorná-lo ao consumidor de forma mais rápida e eficiente.

É importante destacar que essa inteligência artificial opera através de um sistema de aprendizado de máquina - o *machine learning* - desenvolvido pela própria empresa que oferece o serviço de busca. Além de ser propriedade intelectual das empresas do ramo de informática, esses algoritmos são capazes de calcular, a partir dos dados do usuário, quais resultados lhe seriam mais relevantes, influenciando na divulgação de anúncios personalizados e no ranking de provedores de conteúdo.

Tendo isso em mente, é importante ressaltar que quando um usuário insere uma *query*, em busca de conteúdo, podem surgir tipos diferentes de resultados que não necessariamente os costumeiros *links* azuis. Sabe-se que logo que surgiu esse serviço de busca na internet, sua atuação era basicamente de procurar páginas que continham a palavra-chave inserida pelo

³ VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. São Paulo: Juruá, 2003.

⁴ GRIMMELMANN, James. The structure of search engine law. Disponível em: <https://www.nyu.edu/projects/nissenbaum/papers/Grimmelmann_StructureOfSearchEngineLaw.pdf> Acesso em: 16 ago. 2018.

usuário, normalmente em formato de texto. Esse tipo tradicional de resultado, os links azuis, são conhecidos como *Search Engines Results Page*, ou a sigla *SERP*⁵.

Ocorre que, atualmente, os *SERP results* não são os únicos resultados disponibilizados por essas ferramentas, pois, a depender da query inserida, além dos tradicionais links azuis, a ferramenta de busca pode retornar uma série de anúncios, bem como imagens, vídeos e notícias relacionadas.

Forma recente de resultados de pesquisa é aquilo que podemos denominar de *experiência customizada*, em que as ferramentas de pesquisa trazem o conteúdo diretamente ao usuário. A título de exemplo podemos mencionar a parceria digital firmada entre Microsoft e UFC⁶, anunciada em outubro de 2017, de uma experiência customizada na qual sempre que o usuário inserisse *queries* relativas às lutas do UFC, o Bing - ferramenta de busca da Microsoft - retornaria na sua própria plataforma conteúdos relativos às notícias, estatísticas e até mesmo previsões de resultados do esporte, calculados por inteligência artificial.

Nesses casos, cada vez mais comuns - especialmente, em pesquisas sobre o clima, esportes, artistas, *reality shows*, etc - as ferramentas de pesquisa atuam como verdadeiros provedores de conteúdo, uma vez que, a partir dessa parceria, extremamente lucrativa, elas recebem os direitos de divulgação daqueles dados.

E a partir dessas “experiências customizadas” novos problemas jurídicos podem aparecer, gerando novos interesses às partes envolvidas nessa relação. Os demais provedores de conteúdo, por exemplo, veem-se em uma situação de concorrência infiel, uma vez que a ferramenta torna visualmente mais atrativo ao usuário o conteúdo do provedor com o qual ele se associou.

Exemplificativamente, pode-se mencionar o caso *Washington Post Co. v. Total News*⁷ em que o primeiro se insurgiu em razão de ter seus conteúdos reduzidos em tamanho e até obscurecidos pelo destaque dado ao *totalnews.com*, criando uma situação de competição infiel pela atenção dos usuários, ante o favorecimento criado.

⁵ Search Engine Results Page. In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre. Wikipedia contributors, 2018. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Search_engine_results_page> Acesso em: 16 de ago. 2018.

⁶ Microsoft News Center Brasil. UFC anuncia nova parceria digital com a Microsoft. Publicado em: 27 de out. 2017. Disponível em: <<https://news.microsoft.com/pt-br/ufc-microsoft-parceria/>> Acessado em: 08 de abr. 2018.

⁷ *Washington Post Co. v. Total News, Inc.*, N° 97 Civ. 1190 (S.D.N.Y. complaint filed Feb. 20, 1997) (“Yet an advertisement on one of Plaintiffs' sites, when seen through the *totalnews.com* window, is reduced in size, may even be totally obscured by the *totalnews* frame, and is forced to compete for the user's attention with the visual clutter of the *totalnews.com* frame, including other advertising -- possibly including advertising for directly competitive products.”)

Outra questão em voga, atualmente, e que envolve os resultados de pesquisa, é de que os algoritmos utilizados pelos mecanismos de busca, assim como das redes sociais, por estarem constantemente aprendendo os hábitos e preferências dos usuários, podem estar criando um efeito nocivo à liberdade de escolha e ao espírito democrático, o denominado *filter bubble effect*.

Por todo o exposto, é fácil perceber que o conceito de mero intermediário, indicado pelo STJ, não mais se adequa a realidade operacional dos mecanismos de busca que realizam um serviço muito mais complexo que de simplesmente retornar links que contenham alguma palavra-chave, tratando-se de atividade extremamente complexa e lucrativa que, como tal, envolve grandes riscos como, por exemplo, a veiculação de conteúdo impróprio, de *fake news*, o vazamento e mal-uso de dados pessoais dos usuários, a concorrência desleal, a violação da propriedade intelectual, etc.

O Congresso Americano, em fevereiro de 2018, já mostrou uma tendência à relativização dessa tese de não responsabilização das empresas de internet por conteúdo divulgado por terceiros no tocante a crimes de maior gravidade, como o tráfico sexual de crianças.

Um dos casos que inspirou essa reflexão foi o icônico *Jane Doe v. Backpage.com, LLC*, em que três mulheres acusavam o site de facilitação do tráfico sexual de menores. A defesa alegava que elas eram repetidamente forçadas, quando menores, em transações ilegais de comércio sexual, por criminosos que postavam seus anúncios no Backpage.com. Diversas outras vítimas e suas famílias já teriam ingressado na Justiça em face dessa empresa buscando a reparação, entretanto, com fulcro na Seção 230, do CDA, que prevê a imunidade das empresas de internet por conteúdo de terceiros, todas tiveram seus pedidos negados pelos juízes.

Não menos importante a recente polêmica do Facebook, em que seu criador, Mark Zuckerberg, admitiu perante o Congresso Americano que houve uma falha da empresa na proteção dos dados de usuários, que culminaram na sua utilização por terceiros para influenciar as eleições de 2016 nos Estados Unidos. Mais do que reconhecer uma falha de serviço, o criador da rede social assumiu a responsabilidade de, juntamente a sua equipe, corrigir os erros e evitar que novas fraudes no gerenciamento de dados de usuários e divulgação de *fake news* ocorram, mencionando especificamente as eleições presidenciais de 2018, no Brasil.

Diante do exposto, é evidente que o tratamento dado as empresas de internet, nas quais se inserem as ferramentas de busca, que tratamos especificamente nesse artigo, não pode mais

ser o mesmo, sendo de suma importância que essas empresas sejam responsabilizadas pelo risco previsível de sua atividade.

Mesmo porque, foi demonstrado que, no caso específico do serviço de busca, ao contrário do entendimento dominante na jurisprudência pátria, ele envolve, não somente o armazenamento, mas o gerenciamento e a organização de dados sensíveis, que podem resultar em sérias violações de direitos fundamentais.

Sérgio Cavalieri Filho⁸ estabelece que nos casos de risco inerente à atividade desenvolvida pelo fornecedor, a responsabilidade civil será objetiva, sendo desnecessária para sua caracterização a presença do elemento subjetivo, culpa.

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imane ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

No mesmo sentido, o Enunciado 38 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do CJF, aponta como critério para definição dos riscos que dariam margem à responsabilidade objetiva a configuração “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

Desse modo, não é razoável afastar da atividade exercida pelas ferramentas de busca a possibilidade de serem responsabilizadas civilmente por riscos inerentes ao empreendimento. É importante que seja feita uma leitura à luz do direito civil constitucional e do princípio da boa-fé, privilegiando os deveres de cooperação, cuidado e lealdade, obrigatórios entre parceiros contratuais nas relações de consumo.

2. LIMITAÇÕES TECNOLÓGICAS NA INDEXAÇÃO DA WEB E O RISCO DO DESENVOLVIMENTO

O Marco Civil da Internet - Lei nº 12.965/2014 estabeleceu os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil, esclarecendo ter por fundamento, entre

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, pag 514.

outros, “os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania por meios digitais” (art. 2º, II) e “a defesa do consumidor” (art. 2º, V).

Apesar de não tratar especificamente de meios de proteção ao usuário dos serviços de internet, o art. 3º da referida Lei, no parágrafo único, assegura o diálogo das fontes com o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, plenamente aplicável no âmbito de regulamentação digital os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, merecendo especial destaque o princípio da harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico (art. 4º, III, do CDC c/c art. 170, da CRFB/88).

Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Tal princípio se adequa à preocupação do legislador constituinte derivado que, pela Emenda Constitucional nº 87 de 2015, deu nova redação ao artigo 218, determinando: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”.

Nesse linear, surge a indagação sobre como compatibilizar a proteção do consumidor ao necessário desenvolvimento tecnológico, especialmente, em se tratando de serviços e produtos relacionados à indústria de tecnologia da computação, cuja grandiosidade e celeridade dos avanços caracteriza o fenômeno como uma “terceira revolução industrial”? Mais especificamente, a quem cabe a responsabilidade pelos riscos de inovações tecnológicas que afetem decisões sobre a segurança de produtos ou serviços?

Nesse contexto de incerteza sobre o futuro associado à dinâmica evolução da ciência da computação, portanto, que eclode tópico intensamente discutido entre doutrinadores: o risco do desenvolvimento.

Segundo o ilustre doutrinador Sérgio Cavalieri Filho⁹, em seu texto sobre responsabilidade civil por danos causados por remédios:

Entende-se por risco do desenvolvimento o defeito impossível de ser conhecido e evitado no momento em que o produto foi colocado em circulação, em razão do estágio da ciência e da tecnologia. É aquele defeito que não pode ser cientificamente

⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. *Revista de direito do consumidor* 29, p. 61. São Paulo: RT, 1999.

conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um período de uso do produto, como ocorre com certos medicamentos novos – vacinas contra o câncer, drogas contra AIDS, pílulas para melhorar o desempenho sexual, etc.

Em que pese a relevância dessa teoria no tocante aos medicamentos, a sua aplicabilidade também incide em outros âmbitos de importância, nos quais o desenvolvimento tecnológico avança de modo incessante, como é o caso dos *softwares*¹⁰.

Bradford Smith¹¹, advogado da Microsoft, em artigo científico intitulado “A Terceira Revolução Industrial: Políticas para a Internet” afirma que:

Hoje, a Internet se encontra no coração de uma terceira revolução industrial. Possibilitada pelos avanços tecnológicos dos hardwares, softwares e das telecomunicações, a Internet tem forçado empresas em todo mundo a se reinventarem assim como a forma de realizar seus negócios. Essa transformação nas práticas comerciais tem abastecido ganhos sem precedentes em termos de produtividade, gerados pela melhoria da eficiência e pela criação de novos mercados. Ao mesmo tempo, a Internet tem mudado profundamente a forma como as pessoas se comunicam entre si, se expressam e se divertem.

Sabe-se que o *machine learning*, subcampo da ciência da computação fundamental, dentre outros campos, para o sistema de indexação da web, se trata de campo de estudo em constante e rápida evolução que, a despeito de ter permitido todo o avanço tecnológico experimentado nas últimas décadas, ainda está longe de ter atingido o seu ápice¹².

Tendo isso em vista faz-se plenamente relevante, também no campo fértil da Internet, a discussão sobre se a teoria do risco do desenvolvimento deve ser adotada ou não como causa de exclusão de responsabilidade civil e se os danos decorrentes desse risco podem vir a ser classificados como defeito.

No direito comparado podemos afirmar que o Conselho das Comunidades Europeias estabeleceu a corrente da não responsabilização do fornecedor pelo risco do desenvolvimento

¹⁰ SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira da. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 345, p. 382, jul. 2006.

¹¹ SMITH, Bradford L.. The Third Industrial Revolution: Policymaking for the internet. 282 RECUEIL DES COURS 229 (Martinus Nijhoff 2000): “Today the Internet is at the heart of a third industrial revolution. Made possible by technological advances in computer hardware, software, and telecommunications, the Internet has forced companies everywhere to reinvent themselves and the way they do business. This transformation in business practices has fueled unprecedented gains in productivity, generated both by improvements in efficiency and the creation of new markets. At the same time, the Internet is profoundly changing the way people communicate with one another and express and enjoy themselves.”

¹² HOWARD, Jeremy. Palestra proferida no Evento Independente TDExBrussels, em dezembro de 2014. The wonderful and terrifying implications of computers that can learn. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/jeremy_howard_the_wonderful_and_terrifying_implications_of_computers_that_can_learn?language=en> Acessado em: 22 de maio 2018.

como regra, no art. 7º da Diretiva nº 85/374/CEE, deixando ao arbítrio de qualquer Estado-Membro derrogar essa excludente (art. 15)¹³:

Diretiva 85/374/CEE (...) Artigo 7. O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar: (...) e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito (...).

“Diretiva 85/374/CEE (...) Artigo 15. 1. Qualquer Estado-membro pode: (...) b) Em derrogação da alínea e) do artigo 7º, manter ou, sem prejuízo do procedimento definido no nº 2, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito;

Neste cenário de discricionariedade criado pelo art. 15.1 da Diretiva, três posicionamentos se levantaram: 1) o regime de exclusão total de responsabilidade pelo risco do desenvolvimento; 2) o regime parcial, fazendo incidir a responsabilização em casos específicos, e; 3) o regime de responsabilização total, pelo risco do desenvolvimento.

No Brasil intensos debates doutrinários já foram feitos sobre o tema, dividindo-se a doutrina entre aqueles que defendem o risco do desenvolvimento como hipótese de exclusão de responsabilidade e os que o classificam como defeito, apto a provocar, portanto, a responsabilização do fornecedor.

Aliados à primeira corrente, os autores Gustavo Tepedino¹⁴ e James Marins¹⁵ advogam que não se pode considerar defeito o risco do desenvolvimento, uma vez que, no momento em que o produto foi comercializado, ele atendia os requisitos do inciso III, do §1º, art. 12 do CDC, que teria sido expresso no sentido de que para considerar um produto defeituoso deve-se levar com consideração “a época em que foi colocado em circulação”.

Por outro lado, defendendo a responsabilização pelo risco do desenvolvimento, Marcelo Junqueira Calixto¹⁶ e Sergio Cavaliere Filho¹⁷ posicionam-se no sentido de enquadrar o risco de desenvolvimento como uma falha, uma violação à expectativa de segurança, caracterizando-se como fortuito interno, ou seja, risco inerente à atividade exercida pelo fornecedor. Ademais,

¹³ SILVA, Marco Aurélio Lopes Ferreira da. Responsabilidade pelo risco de desenvolvimento. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 345, p. 384, jul. 2006.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil constitucional. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁵ MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: RT, 1993.

¹⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. São Paulo: Renovar, 2004.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. *Revista de Direito do Consumidor* 29, p. 55-62. São Paulo: RT, 1999.

essa corrente defende que não se poderia confundir o risco do desenvolvimento com a hipótese prevista no inciso III, do §1º, art. 12 do CDC, uma vez que:

No primeiro caso, o produto é objetivamente defeituoso no momento de sua colocação no mercado, sem que, no entanto, o estado de desenvolvimento da ciência e da técnica permitissem sabê-lo. No segundo, o produto é perfeito por corresponder às legítimas expectativas de segurança na sua época, apenas superado por produto mais novo, em razão de aperfeiçoamentos científicos e tecnológicos introduzidos pelo fornecedor.¹⁸

Sérgio Cavalieri Filho¹⁹, afirma que a despeito de o direito europeu ter preferido jogar o sacrifício do desenvolvimento científico e tecnológico nos ombros no consumidor, o ordenamento pátrio, através do Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública, não o incluiu expressamente como excludente de responsabilidade do fornecedor no art. 12, §3º do referido diploma.

Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin²⁰, consideram o risco de desenvolvimento uma espécie de gênero defeito de concepção, e, como tal, incluído no risco do fornecedor. O fornecedor tem que estar sempre atualizado, acompanhando as experiências científicas e técnicas mundiais, e o mais avançado estado da ciência.

Esse entendimento mais se alinha ao ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a Constituição da República fez menção expressa ao fato de que toda a ordem econômica está voltada para a sua função social e proteção do consumidor, não há, portanto, que se falar em exclusão da responsabilidade em prol de avanço científico em casos de afronta direta a direitos fundamentais dos consumidores.

3. A APLICAÇÃO PRÁTICA DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE PESQUISA E SEUS DESAFIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

O *leading case* no tema da responsabilidade civil dos provedores de pesquisa, no Brasil - Xuxa Meneghel versus Google - deixou consignado que em se tratando de meros intermediários, ou seja, por realizarem função meramente instrumental sem qualquer controle do conteúdo divulgado por terceiro, os mecanismos de busca não poderiam ser responsabilizados.

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, pag 377.

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade civil por danos causados por remédios. *Revista de Direito do Consumidor* 29, p. 61. São Paulo: RT, 1999.

²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.

A despeito do equívoco existente nessa conceituação [apresentado no primeiro capítulo], o mesmo argumento relativo ao papel de intermediário foi utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça na seara dos sites de compras coletivas, no AREsp nº 904.209, entretanto, para justificar uma responsabilização solidária dos mesmos, demonstrando total contradição com a tese defendida na seara dos provedores de pesquisa.

Diante deste cenário de instabilidade jurídica, em que sobrava para o STJ o papel de lidar com os novos conflitos surgidos no contexto da internet, se tornava cada vez mais urgente a necessidade de regulamentação do uso e das relações jurídicas ali firmadas e foi nesse contexto que se promulgou a Lei nº 12.965 de 2014, o Marco Civil da Internet.

Antes mesmo da promulgação dessa lei, alguns momentos de iluminação surgiram no sentido de ser possível afirmar que a jurisprudência brasileira estaria finalmente caminhando para a superação da tese de irresponsabilidade das empresas de exploração de serviços na internet.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 2009.001.14165, do Relator Desembargador Alexandre Câmara, em caso envolvendo a criação de um perfil falso na rede social Orkut, a despeito de reconhecer a dificuldade técnica enfrentada pelo Apelante em fiscalizar todo o conteúdo lançado na internet, concluiu que se a empresa tinha os meios para identificar o autor da ofensa e não o fez, previamente, deveria responder pelo anonimato deste reparando os danos sofridos pela vítima.

Passou-se a desenvolver uma tese de responsabilidade civil condicionada dessas empresas quando, notificadas da existência de conteúdo lesivo, não tomassem qualquer atitude no sentido de cessar a veiculação, alinhando-se o Brasil à teoria estrangeira do *notice and takedown*.

Entretanto, com o advento do Marco Civil da Internet, esse pequeno avanço foi consideravelmente desvirtuado pelo art. 19 que passou a exigir muito mais que uma notificação extrajudicial feita pela vítima, mas uma “ordem judicial específica” para criar a obrigação de retirar o conteúdo lesivo divulgado por terceiro na internet.

Ou seja, para que a vítima pudesse obter a reparação pelos danos sofridos, ou mesmo, o alívio de ter o conteúdo lesivo retirado da rede mundial de computadores, ela precisaria recorrer ao Judiciário, com exceção dos casos que envolvessem violação à intimidade sexual (art. 21, da Lei).

O nobre professor de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Procurador do Estado, Anderson Schreiber²¹, ao tratar sobre o tema em artigo de sua autoria, defende a inconstitucionalidade do art. 19, do Marco Civil da Internet que, ao condicionar dessa maneira a reparação dos danos, incorre em afronta específica ao art. 5º, incisos X e XXV, da Constituição da República, ao princípio da vedação ao retrocesso e promove uma verdadeira inversão axiológica ao conferir espécie de primazia dos direitos autorais sobre os direitos humanos em seu §2º.

Segundo Schreiber, uma alternativa seria a adoção de uma interpretação do art. 19 conforme a Constituição da República de modo que, assim como já reconhece o art. 21 da Lei ao tratar da intimidade sexual, seja dispensada a ordem judicial específica, bastando a mera notificação extrajudicial.

No entanto, recentemente, no Ag. Int. no REsp. nº 1.593.873/SP²² de Relatoria da Ministra Nancy Andrigli, retrocedendo ainda mais, a Terceira Turma do STJ se manifestou no sentido de que nem mesmo nos casos em que, diante de uma ordem judicial específica, os provedores de pesquisa não retirassem o conteúdo danoso de sua plataforma, não seria possível a responsabilização, pois não seria dever dessas empresas o ato de retirar, ou “desindexar”, o conteúdo questionado uma vez que ele estaria na internet livre e obrigá-lo a praticar tal ato seria o mesmo que a prática de censura.

Sabe-se que no Brasil, em razão dos longos e intensos anos de Ditadura, censura e repressão à imprensa, a liberdade de expressão se tornou quase um super princípio, a ponto de renomados cientistas jurídicos como o Ministro Luís Roberto Barroso afirmarem que “a liberdade de expressão não exige bom gosto” e, para a surpresa de muitos, inocentar um deputado acusado de postar mensagens homofóbicas na rede social Twitter.

²¹ SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso?* Disponível em: <<http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/artigo-marco-civil-internet.pdf>> Acesso em: 5 de dez. 2017

²² PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE. - Direito ao esquecimento como "o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado". Precedentes. - Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido. - Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital. - Recurso especial provido. (AgInt no REsp 1593873/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 17/11/2016)

No cenário internacional, podemos mencionar que a Organização das Nações Unidas defende que os direitos que as pessoas têm *offline* deverão ser protegidos *online*, em particular o direito à liberdade de expressão, que é aplicável independentemente de divisas.²³

No entanto, não se pode admitir que nenhum direito seja considerado absoluto devendo-se impor limites inclusive à liberdade de expressão. Não se pode tratar como censura a limitação/proibição de divulgação de discursos de ódio - *hate speech* - cujo objetivo é justamente de diminuir e subjugar as minorias.

O mesmo se pode afirmar no tocante à divulgação de *fake news*, na internet, que devem ser intensamente combatidas, especialmente, em se tratando de períodos eleitorais, em que a divulgação de notícias falsas certamente possui o poder de interferir no livre convencimento da população e no resultado final das urnas, ameaçando o Estado Democrático de Direito.

Deste modo, pode-se facilmente vislumbrar que o ordenamento jurídico pátrio tem caminhado aos tropeços no que concerne ao tema da responsabilidade civil na internet e essa instabilidade tem colaborado para a criação de um indesejado cenário de incerteza e insegurança jurídica, por vezes, avançando, como, por exemplo, quando se abriu para a superação da irresponsabilidade e abriu espaço para uma responsabilização condicionada, por outras retrocedendo, como no caso mais recente acima descrito em que se negou totalmente a possibilidade do *notice and takedown*.

CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado foi possível constatar a urgência de uma profunda reflexão sobre o tema da responsabilidade civil dos provedores de pesquisa no ordenamento jurídico brasileiro, que, ante a, ainda, parca Doutrina dedicada ao tema, deixa à jurisprudência o papel de determinar o comportamento do Direito diante de situações cada vez mais comuns.

O reconhecimento de que a atividade exercida pelos provedores de pesquisa não pode mais ser entabulada como de mera intermediação ou gestão de conteúdo virtual é extremamente relevante, especialmente, por se tratar a internet de um espaço cada vez mais abrangente, que além de facilitar a troca de informações e relações interpessoais, vem crescendo e evoluindo a níveis tão alarmantes a ponto de influenciar decisões e atos políticos de um país.

²³ UN. General Assembly. Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development: The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet. *A/HRC/20/L.13*, 29.06.2013. Disponível em: <https://www.article19.org/data/files/Internet_Statement_Adopted.pdf>. Acesso em: 17.05.2018.

Verificou-se que os provedores de pesquisa não exercem apenas o papel de encontrar palavras-chave inseridas pelo usuário, mas que, verdadeiramente, coletam e têm armazenados os dados existentes na rede a fim de trazer eficiência e celeridade ao serviço.

Ademais, foi demonstrado que cada provedor de busca opera de forma diferente, sendo cada um proprietário de seu próprio sistema de inteligência artificial e aprendizado de máquina que, conjugados aos dados pessoais e sensíveis dos usuários, podem resultar na divulgação de resultados de busca e anúncios personalizados.

Portanto, além de se tratar de um serviço extremamente complexo e lucrativo, a pesquisa virtual envolve, naturalmente, uma situação de evidente risco de violação de direitos fundamentais como os direitos da personalidade, liberdades individuais e direitos autorais, sendo certo que não se pode, no ordenamento jurídico brasileiro, com uma Constituição totalmente voltada à dignidade da pessoa humana, permitir uma tese de irresponsabilidade total desses provedores.

Faz-se mister que o ordenamento jurídico reconheça que, em se tratando de danos previsíveis e inerentes à atividade exercida pelos provedores de busca, existe uma falha de serviço, sendo inevitável a aplicação da teoria do risco do empreendimento e a defesa da responsabilidade civil objetiva em casos que envolvam danos previsíveis.

Por outro lado, em se tratando de defeitos não cognoscíveis pelo estado atual da ciência, que se aplique a teoria do risco do desenvolvimento, adotando, ao menos, o regime parcial proposto pela Comunidade Europeia, no sentido de responsabilização dos provedores em casos de violação à dignidade da pessoa humana, princípio supremo que inspira e fundamenta a República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

BODIN, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm> Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.316.921-RJ*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859#>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: Primer Congreso Internacional per Internet sobre Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico, 2000, Buenos Aires. Publicaciones / Ecomder, 2000.

_____. A placa eletrônica e a privacidade na sociedade da vigilância. Brasília: *Revista Jurídica Consulex*, p. 34-35, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. *Marco Civil da Internet Comentado*. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

LUCCA, Newton de; SIMÃO, Adalberto. *Direito & Internet III: marco civil da internet*. Tomo I e II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Direito Privado e Internet*. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOORMAN, Merel. *Computing and Moral Responsibility*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/computing-responsibility/>>. Acesso em: 12 de dez 2017.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Direito e internet*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015

_____. *Novas tendências da Responsabilidade Civil Brasileira*. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf> Acesso em: 5 de dez. 2017.

_____. *Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso?* Disponível em: <<http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/artigo-marco-civil-internet.pdf>> Acesso em: 5 de dez. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.