

Simposio Argentino de Informatica y Derecho, SID 2013

Direito das Novas Tecnologias de Informação na Jurisprudência Brasileira

Jose Augusto Fontoura Costa (jafontouracosta@gmail.com)

Fernanda Sola (sollafernanda@gmail.com)

Abstract

Though the Brazilian law still have no systematic statute on internet and digital legal aspects, the case law and precedents of superior courts have been establishing some important guidelines to both the interpretation of existing norms to embrace digital questions, as well as the discussion of the civil regulatory framework of internet in public opinion and the legislative houses. This article presents the most important decisions from Brazilian superior courts on the law of information technologies in order to identify the most polemical questions as well as the solutions found so far.

Introdução

Digital é a característica de sistemas que utilizam valores discretos ou descontínuos, opondo-se a analógico, que usa representações na forma de funções contínuas. Números, letras e outros símbolos são representações discretas, ao passo que sons e imagens são analógicas. Utilizando-se o termo em seu sentido mais estrito, a expressão “direito digital” não aponta para um significado claro. Não obstante, isso vem sendo utilizado para se referir a questões relacionadas com as novas tecnologias de informação – construídas a partir de instrumentos eletrônicos digitais. Portanto, “direito digital” aparece como um sinônimo de “direito informático”, muitas vezes confundido com “direito aplicado à internet”.

No entanto, isso não elimina as dúvidas a respeito do significado da expressão. Dificilmente se poderia falar em um ramo do Direito: não se trata de uma derivação da divisão clássica em Direito público e privado que tenha objeto e princípios específicos,

que a distinguem de outras categorias vinculadas ao mesmo tronco – como é o caso do Direito Civil e Direito Comercial, ramos do Direito Privado. Tampouco se trata de um estudo sobre direitos subjetivos que se encontrem enfeixados nas relações jurídicas de uma determinada categoria social, como é o caso do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor.

Até o presente, salvo melhor tratamento, a designação simplesmente se refere a um conjunto de temas que se relacionam com internet e computadores, ou simplesmente a digitalização (conversão de dados analógicos em digitais), estocagem e difusão de dados digitais. Do mesmo modo, o tratamento legal e jurisprudencial ainda se ressentem da falta de uma maior sistematicidade.

Há muitos temas ao redor da noção de Direito digital. Diane Rowland *et al.* (2012) apontam 12 aspectos relacionados com a regulação jurídica da gestão e dos impactos da tecnologia de informação:

1. Regulação da internet,
2. Regulação dos conteúdos e responsabilidade dos intermediários,
3. Crimes cibernéticos,
4. Privacidade e proteção de dados,
5. Vigilância e encriptação de dados,
6. Comércio eletrônico,
7. Nomes de domínio,
8. Direitos de autor e internet,
9. Direitos de propriedade intelectual sobre o software,
10. Licenças de software, software como serviço
11. licenciamento livre e fontes abertas e
12. Software defeituoso.

Embora exista uma grande diversidade de listas, mais ou menos abrangentes, é importante observar que o Direito brasileiro não tem tratado todos os temas acima elencados como próprios de um Direito Digital. Talvez dada a novidade, talvez como resultado da ausência de estudos voltados a estabelecer uma estrutura coerente, o fato é que a abordagem corrente desse tema se apresenta fragmentada. Esse quadro efetivo é o que se apresenta aqui.

Do ponto de vista legislativo, ocorre a discussão no Legislativo sobre o Marco Civil da Internet (PL 2126/2011) e houve

recentes alterações do Código Penal, para a tipificação de crimes eletrônicos, mediante a chamada “Lei Carolina Dieckmann” (Lei 12.737/2012). A jurisprudência, por seu turno, tem se manifestado em várias ocasiões; em regra, porém, sem identificar qualquer diferença essencial entre o que ocorre no âmbito especificamente informático ou da internet e o que lança mão de outros meios. Há maior rapidez, alcance, difusão e, mesmo, transnacionalidade, mas não se altera a natureza dos direitos envolvidos.

Ao tratar da jurisprudência, porém, deve-se pôr em destaque a afirmação em acórdão do pleno do STF no ADPF 130/DF:

Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.

A necessidade de manter o dinamismo e a liberdade próprias do uso prático da internet e demais meios eletrônicos, portanto, já foi expressamente reconhecida pela Corte Constitucional brasileira, o que, ademais, vem encontrando eco nas decisões de outros tribunais.

Para fins deste trabalho, portanto, optou-se por abordar os temas relacionados com a recente manifestação legislativa e jurisprudencial brasileiras, sem prejuízo da reconhecida importância dos demais temas, enfocando (1) a regulação da internet e seu marco civil, (2) a responsabilidade dos intermediários, com ênfase na jurisprudência do STJ, (3) os crimes eletrônicos nas alterações legislativas e na jurisprudência e (4) aspectos dos direitos de consumidores e autores na internet.

1. Regulação da Internet

O primeiro grande projeto a respeito da regulação da rede mundial de computadores, denominada normalmente “internet”, foi o PL 84/99, conhecido por “Lei Azeredo” por haver sido relatado pelo senador do PSDB mineiro Ricardo Azeredo. Como

criminalizava várias condutas comuns, foi objeto de pesadas críticas e originou uma mobilização em prol de um marco regulatório prévio.

Em 2009 o Ministério de Justiça iniciou um amplo processo de consulta e discussão públicas, o qual resultou na formulação do marco civil da internet, convertido no PL 2126/2011. Com 25 artigos, o projeto apresenta cinco capítulos: (1) Disposições preliminares, (2) Dos direitos e garantias dos usuários, (3) Da provisão, conexão e aplicações da internet, (4) Da atuação do Poder Público e (5) Disposições finais.

Um dos pontos polêmicos é o princípio da **neutralidade da rede** (PL 2126/2011, Artigo 3º), conforme o qual não se podem atribuir privilégios de circulação de informação ou discriminar as informações disponibilizadas em razão de sua origem ou objetivo. Assim, os provedores não podem privilegiar o tipo de informação- músicas, vídeos, textos escritos- mesmo que alguns deles ocupem mais memória e demandem maior fluxo de dados que os outros. Na prática, provedores gostariam de evitar o uso de roteadores sem fio, telefonia internet (VOIP), programas de compartilhamento de arquivos e sítios de vídeo e TV, de modo a reduzir a quantidade de informação circulando e, sempre que possível, cobrando mais conforme o tipo de informação, o que seria uma clara violação da neutralidade.

O próprio PL, porém, estabelece também o princípio da **preservação da estabilidade e da funcionalidade da rede** como capaz de mitigar a neutralidade, ou seja, seria possível hierarquizar as informações para não sobrecarregar o fluxo de informações.

A competência para regulamentar as exceções à neutralidade da rede ficam a cargo do Poder Executivo que, mediante decreto, estabeleceria padrões para a discriminação (interrupção de atividade ou serviço) e degradação do tráfego (mitigação seletiva da circulação da informação) (PL 2126/2011, Artigo 9º).

2. Regulação dos conteúdos e responsabilidade dos intermediários

Não há qualquer determinação específica a respeito da ilicitude dos conteúdos. Quaisquer conteúdos proibidos, em qualquer outro meio público (jornal, revista, rádio ou televisão, por exemplo), em razão de violação de direito autoral, intimidade, moralidade ou outra razão legal, tampouco podem ser veiculados pela internet. Os sujeitos que os puseram à disposição do público, portanto, assumem a responsabilidade.

Discute-se, porém, até que ponto deve haver responsabilização dos intermediários, ou seja, prestadores de serviços de internet que possibilitam a hospedagem, busca e acesso a conteúdos postos em circulação por seus usuários.

No PL 2126/2011, Artigos 14 e 15, se estabelece que os intermediários não são responsáveis pelos conteúdos postados por seus usuários, havendo responsabilidade civil apenas se houver demora após a ordem judicial para retirada do conteúdo ilícito.

A despeito da inexistência de marco regulatório específico, a jurisprudência brasileira tem sido consistente no sentido de não exigir dos prestadores de serviço o controle sobre os conteúdos disponibilizados por seus usuários, mas, por outro lado, privilegiar a pronta remoção de informações abusivas.

Trata-se, decerto, da tensão existente entre o interesse coletivo na pronta disponibilização dos dados e, por outro lado, o grande potencial ofensivo de conteúdos ilícitos, dadas a rapidez e amplitude do alcance da internet.

No REsp. 1192208/MG, a Terceira Turma (relatora Min. Nancy Arrighi) esclareceu, com referência à hospedagem de *blogs*, que não há necessidade de fiscalização prévia dos conteúdos veiculados por usuários, pois, prejudicaria o livre e rápido fluxo e acesso à informação, que é de interesse da coletividade. Por conseguinte, **não sendo o conteúdo ofensivo parte do risco inerente da atividade, não cabe responsabilidade objetiva** nos termos do Artigo 927 do Código de Defesa do Consumidor. Não obstante, uma vez notificado pelo interessado, o prestador de serviços deve retirar prontamente o conteúdo ofensivo e atuar com a

maior diligência possível para coibir o anonimato e identificar os autores diretos do dano.

A mesma Turma entendeu, no REsp. 1323754/RJ – a respeito de perfil falso no Orkut – que uma vez notificado o prestador de serviço, pelo próprio usuário mediante ferramenta “denúncia de abusos” a respeito da irregularidade de conteúdo, se deve retirar o conteúdo em até 24 horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano. Ressalta a decisão que a retirada imediata se justifica pelo potencial lesivo, podendo haver ulterior avaliação do conteúdo e retorno da acessibilidade, sem prejuízo de medidas para reprimir o abuso da reclamação indevida. No mesmo sentido, REsp 1308830/RS.

Em Recurso Especial (REsp. 1316921/RJ) o STJ decidiu que a filtragem de conteúdo não é atividade intrínseca dos serviços de pesquisa na internet (Google, no caso), pois uma vez identificada a origem do conteúdo (URL) se deve promover sua retirada, não o bloqueio da busca, pois “não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação”. Do mesmo modo, o serviço de provisão de email não implica o dever de controlar ou filtrar o conteúdo das mensagens, havendo o dever de suspender imediatamente conta de email a partir da notificação e ajudar na identificação do usuário responsável; mesmo com cadastros lacunosos, a possibilidade de rastrear o IP dos usuários mediante o provedor de acesso é suficiente para caracterizar a diligência média exigida (REsp 1300161/RS).

Não obstante, quando a atividade compõe, expressa ou implicitamente, o objeto social da empresa, esta será solidariamente responsável nos termos do CDC, pois “a solução da controvérsia deve partir da principiologia do Código de Defesa do Consumidor fundada na solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços”, como se afirmou em acórdão referente a falso anúncio de serviços eróticos homossexuais (REsp. 997993/MG).

É possível, então, observar que a jurisprudência do STJ tem corroborado a percepção de que a rapidez e liberdade do uso da internet implicam benefícios à coletividade que não devem ser barrados em face do eventual risco que seu emprego desviado possa

representar. O que se exige, sobretudo dos intermediários, é a ação mais célere possível para mitigar ou evitar eventuais danos resultantes de conteúdos ofensivos. Assim, embora vários serviços gratuitos sejam considerados como remunerados, para os fins de incidência das normas de proteção ao consumidor (veja-se item 4, abaixo), a jurisprudência tem considerado que o controle sobre os conteúdos postados em e-mails, blogs, sítios de relacionamento e outros não é obrigatório, pois não é intrínseco da atividade.

Nesse sentido, as decisões merecem justo aplauso, pois não oneram desnecessariamente os fornecedores, nem os liberam de quaisquer responsabilidades, pois deixa clara sua obrigação de, notificados pelos prejudicados, retirar, incontinenti, os conteúdos de circulação.

3. Crimes informáticos

O Direito Penal se caracteriza, entre outros aspectos, por exigir a tipificação específica da conduta para que essa possa ser apenada. É a legalidade estrita de um ramo que só pode punir em virtude de lei e a aplicação do princípio *nullum crime, nulla poena, sine lege*. Deste modo, para que condutas referentes a dados eletrônicos e sua circulação possam ser propriamente cobertas por normas criminais, deve haver previsão legal, o que torna esse ramo menos aberto às modernizações jurisprudenciais e mais dependente de alterações legislativas.

Destarte, houve duas leis que alteraram o Código Penal para a tipificação de novas condutas: a 9.983/00 e a 12.737/12.

A primeira tipificou, no capítulo referente aos crimes de funcionários públicos contra a Administração, duas novas condutas: a “**inserção de dados falsos em sistemas de informação**” (CP, Art. 313 – A) e a “**modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações**” (CP, Art. 313 – B). Nesse mesmo capítulo, no crime de “violação do sigilo funcional”, inclui a facilitação de acesso a sistemas de informação e bancos de dados (CP, Art. 325, I). Por fim, já no capítulo sobre a proteção da liberdade individual, também estabeleceu como apenável a **divulgação de informações**

sigilosas ou reservadas existentes em bancos de dados e sistemas de informação (Art. 153, § 1º - A).

Já a Lei “Carolina Dieckmann” incluiu na seção referente à proteção da inviolabilidade do segredo, que integra o capítulo sobre a proteção das liberdades individuais, o crime de “**invasão de dispositivo informático**” (Arts. 154 – A e B). Trata-se da invasão de dispositivo informático, violando mecanismo de segurança (senhas, leitores biométricos ou qualquer meio técnico para dificultar acesso de estranhos), para “obter, adulterar ou destruir” informação (CP, Art. 154, *caput*). Além da conduta indicada no *caput*, a produção, oferecimento, distribuição ou venda de dispositivo ou programa para facilitar a invasão descrita no *caput* podem acarretar a mesma pena.

Embora não caiba, aqui, realizar a minuciosa exegese das alterações resultantes dessa lei, é importante ressaltar que as condutas que levaram a sua pronta aprovação e adoção do apelido se relacionam com os §§ 3º e 4º do Art. 154, ou seja, (a) a obtenção de comunicações privadas, segredos comerciais ou industriais e informações sigilosas e (b) a divulgação, comercialização ou transmissão das informações obtidas. Essas hipóteses, evidentemente, devem estar vinculadas à efetiva invasão, ou seja, sem a ocorrência da conduta descrita no *caput*, não se pode falar da incidência das hipóteses desses parágrafos.

A proteção do direito de autor referente a programas de computador também é, nos termos da Lei 9.609/98, implementada mediante a tipificação penal de seu Art. 12, que descreve a conduta de violação de direitos de autor de programa de computador, com penas mais elevadas para quem realiza a “reprodução ... para fins de comércio” (§ 1º) ou “vende, expõe à venda, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio” (§ 2º).

O uso da internet para difundir imagens explícitas ou pornográficas envolvendo crianças ou adolescentes é, também, tipificado criminalmente nos termos dos Artigos 141-A e 141-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em que pese a amplitude do tipo, trata-se de conduta necessariamente *dolosa* para que se caracterize o crime.

No que se refere a aspectos processuais, é importante estabelecer o lugar do crime, sobretudo em face do Artigo 6º do CP, conforme o qual é o lugar onde se realizou qualquer ato do *iter*

criminis. Para os crimes contra a honra, o STJ, não obstante, optou pelo lugar da sede do provedor (CC 97201/RJ, CC 106625/DF e CC 125125/SP).

Outro aspecto importante é o que, em face do alcance internacional da rede mundial de computadores, refere-se à **competência criminal da Justiça Federal**, nos termos do Artigo 109, V, da CF, para os crimes efetivados por seu meio. Decerto, a jurisprudência do STJ (CC. 99133/SP, CC 119561/SP e 121215/PR, entre outros) é estável ao exigir **comprovação de que o ato criminoso se estendeu para além das fronteiras nacionais pela efetiva circulação dos conteúdos**, o que, não obstante, pode ser presumido quando da disponibilização em mecanismos de compartilhamento de conteúdos como o “E-mule” (CC 120055/RS).

Ademais, “a mera divulgação da venda por meio da internet, *tout court*, não tem o condão de conduzir ao reconhecimento da transnacionalidade” e, portanto, à competência da Justiça Federal para o crime de venda de DVDs contrafeitos (CC 116820/MG).

4. Outros aspectos: consumidores e autores

Dada a ausência de um tratamento legal sistematizado e de uma jurisprudência suficientemente ampla e específica que possa justificar, no presente âmbito, o detalhamento da análise dos aspectos referentes ao comércio eletrônico, oferta de serviços de internet e proteção de direitos de autor, resolveu-se apresentar alguns breves aspectos de seu tratamento jurisprudencial recente.

Serviços de internet

Na jurisprudência brasileira, os serviços oferecidos gratuitamente na internet (sítios de buscas, hospedagem de blogs e acesso a conteúdos) vem sendo considerados como realizados “mediante pagamento” para os fins do Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (REsp 1192208/MG, REsp. 1316921/RJ), pois se pressupõe relação de *cross marketing*, em que os acessos e utilização são remunerados indiretamente mediante anúncios, propaganda ou outras formas de veiculação mediante pagamento.

Um serviço comumente oferecido pela internet é a intermediação de negócios, como a feita pelo E-Bay ou, no Brasil, Mercado Livre, entre outros. Trata-se de relação de consumo, independentemente da estipulação específica de taxa paga ao

intermediário, de modo que, nos termos do acórdão do REsp 1107024/DF, o “prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos” e a “estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor.”

O STJ admite que as falhas no fornecimento de serviços de internet podem ensejar dano moral (REsp. 1141675/MG), *in verbis*: “O transtorno às atividades rotineiras e a frustração decorrente do descaso demonstrado pelo fornecedor de serviços de Internet, no caso, gravitam na esfera extrapatrimonial do autor e são potencialmente capazes de ensejar o dano moral”

Direitos de autor e Internet

Com efeito, a internet é apenas um novo meio de publicação e divulgação das obras autorais, não diferindo essencialmente de qualquer outro. Não obstante, pode-se destacar os baixos custos da reprodução e oferta como típicos do novo meio, o que reduz a importância de intermediários (gravadores, editores, impressores e distribuidores) tradicionalmente encarregados de fazer a obra chegar a um público suficiente para justificar a escala de produção do bem cultural comercializado.

É inegável que a brutal queda do custo de geração e difusão de informação por meio da rede mundial de computadores é capaz de gerar novas estruturas negociais que venham a por em questão as formas tradicionais de exploração dos direitos autorais.

É fundamental, portanto, ter em vista que os negócios jurídicos em matéria de direitos autorais devem, sempre, ser interpretados de maneira a conservar o maior controle possível nas mãos do autor da obra. Nesse sentido, o Artigo 4º da Lei de Direitos Autorais estabelece que deve ser restritiva a interpretação jurídica de tais negócios, o que se esclarece ainda mais no Artigo 49, VI, pois, *in verbis*: “não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato”.

Deste modo, a cessão dos direitos para publicação ou difusão mediante utilização de quaisquer meios digitais, inclusive a internet, deve ser expressamente disposta no contrato.

Por fim, mas não com menor importância, é necessário ressaltar que, apesar do senso comum às vezes indicar direção diversa, os programas de computador (*software*) são protegidos como objeto de direitos de autor, não de patentes (Lei 9.609/98). Como o acesso e a divulgação desses programas é, hoje, extremamente comum na internet, multiplicam-se as possibilidades de violação de direitos autorais não apenas mediante a reprodução e estocagem indevida de textos e imagens protegidos, mas dos próprios sistemas executados pelos computadores.

Conclusão

Decerto, a revolução informática trouxe novos desafios para diversos âmbitos da vida e economia, com evidentes reflexos em seu tratamento jurídico.

As rápidas transformações tecnológicas vem exigindo, da jurisprudência e da legislação, contínuas modificações e adaptações, as quais vêm sendo realizadas muitas vezes de forma consciente e razoável, embora o atraso da aprovação do marco civil da internet, por vezes chamado de sua “constituição”, reflita a existência de incertezas principiológicas a respeito de como deve ser a regulação do mundo digital.

A clara opção dos tribunais superiores em privilegiar os aspectos positivos para a comunidade da circulação instantânea, livre e barata dos dados na rede mundial de computadores pode ser compreendida como um sinal positivo. Mesmo a legislação penal associada aos crimes eletrônicos ou digitais não se mostra, por si só, restritiva da liberdade, embora seja a jurisprudência que vai revelar, efetivamente, seus limites.

Assim, embora talvez ainda seja precipitada a afirmação do Direito Digital como um ramo autônomo, não se pode negar que cada vez mais os temas que o compõem ganham importância e o fazem, decerto, merecedor de atenção particularizada.

Referência bibliográfica

ROWLAND, Diane; KOHL, Uta; CHARLESWORTH, Andrew. *Information Technology Law*. Londres: Routledge, 2011