

Direito digital e legitimação passiva nas ações de remoção de conteúdo e responsabilidade civil

Fernando da Fonseca Gajardoni¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Ricardo Maffeis Martins²
Advogado

Sumário: Introdução; 1. As mudanças advindas do Marco Civil da Internet; 2. A preocupação legal com o sigilo de dados; 3. Legitimação passiva nas ações de remoção de conteúdo e responsabilidade civil; Conclusões; Referências bibliográficas.

Resumo: À luz da legislação brasileira de proteção dos dados dos usuários (Marco Civil da Internet – Lei n. 12.065/2014) (Lei Geral de Proteção de Dados – Lei n. 13.709/2018), o ensaio investiga a legitimidade passiva nas ações de remoção de conteúdo e responsabilidade civil derivadas de atos ilícitos praticados pela internet.

Palavras-chave: Legitimação Passiva. Remoção de Conteúdo. Responsabilidade Civil. Direito Digital. Marco Civil da Internet. Lei Geral de Proteção de Dados.

Introdução

Sempre se considerou que, tanto quanto o remédio que é escolhido à luz da doença (e não contrário), é o processo civil que tem que se adequar às vicissitudes do direito material, competindo ao juiz, caso o legislador não tenha sido capaz de adequar o procedimento processual ao caso concreto, fazer a competente adaptação³.

Na moderna concepção do processo civil, não prevalece mais o antigo entendimento de que os litigantes se encontram em lados opostos do processo ao passo que o juiz – equidistante – assumiria uma postura estanque e mal poderia ter contato com as partes, evitando influir senão quando chamado e expressamente autorizado, sob o risco de colocar em dúvida sua imparcialidade.

Assim, no caminho que vai entre o “demandar-contestar-conhecer-julgar”, que Dinamarco define como a “estrutura funcional do processo de conhecimento”⁴,

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP (FD-USP). Professor Doutor de Direito Processual Civil e Arbitragem da USP (FDRP-USP) e do G7 Jurídico.

² Professor de Direito Processual Civil da Escola Paulista de Direito (EPD) Membro da Comissão de Direito Digital do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Ex-assessor de Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

³ Neste sentido, vide as considerações de Fernando da Fonseca Gajardoni. *Flexibilização do procedimento: um novo enfoque para estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2007.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 31.

não é vedado que o juiz possa impor determinados provimentos de ofício em um pleito já instaurado, desde que observada a regra que proíbe a tomada das chamadas decisões-surpresa, previstas expressamente no art. 10 do novo Código de Processo Civil (CPC/2015).

Aliás, como lembra Yarshell, a doutrina brasileira admite que o poder de instrução oficial do processo possa até mesmo ser exercido diante de uma prova não solicitada pelos litigantes sem que isso venha a afastar ou mitigar a imparcialidade do julgador, na medida em que ele não sabe a quem favorecerá a prova⁵.

Desta forma, a afirmação supra, de que compete ao juiz adaptar o procedimento ao caso concreto, sempre que a legislação processual não tiver condições de resolver as inevitáveis lacunas, se torna ainda mais contundente nos processos relacionados ao direito digital, especialmente quando há ato ilícito praticado pela internet por pessoa incerta; escondida atrás do anonimato constitucionalmente vedado (art. 5º, IV, da Constituição Federal – CF).

Explicamos.

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014 – MCI), em seus artigos 19, 22 e 23, garante aos ofendidos o direito de obter judicialmente os registros de aplicações e de conexão para fins de fazer prova em processos civis e criminais, inclusive autorizando a propositura da ação perante os Juizados Especiais Cíveis, conforme preceitua o § 3º do art. 19.

Contudo, não indica qual a via processual adequada para a postulação.

Nesse sentido, a recém-aprovada Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018 – LGPD, com os acréscimos trazidos pela Medida Provisória nº 869/2018), editada com nítida inspiração na sua equivalente europeia, o Regulamento Geral de Proteção de Dados⁶ (*GDPR*, em sua sigla em inglês), tampouco soluciona o problema, na medida em que seu capítulo sobre a responsabilidade civil e o ressarcimento dos danos⁷ disciplina os responsáveis por eventual indenização, a inversão do ônus da prova, ações coletivas e até mesmo ações de regresso, mas, tal qual o Marco Civil da Internet, não especifica as ações a serem movidas para se obter a reparação.

Em outros termos, nos casos de ilegalidade praticada por pessoa encoberta pelo signo da proteção de seus dados pessoais (uma das garantias do acesso à internet, como prevê o art. 7º, I, da Lei nº 12.965/2014, complementado pelos arts. 46 a 49 da Lei nº 13.709/2018), as providências judiciais para derrubada do conteúdo ilegal e obtenção dos dados do(s) ofensor(es) não é tarefa das mais fáceis.

Acrescente-se a necessidade de tomada de providências urgentes, em regra antes mesmo da citação dos réus, para a retirada de conteúdo da internet. Muitas vezes o material ilícito se torna *viral*, atingindo rapidamente um número enorme – às vezes até mesmo gigantesco – de pessoas e, a cada dia ou a cada hora que passa, a lesão à honra do ofendido aumenta de forma exponencial. Especialmente no atual estágio das redes sociais (Facebook, Instagram e Twitter à frente) e dos aplicativos de comunicação (cujo maior exemplo, pelo número de usuários em nosso país, é o WhatsApp), em que há verdadeiro estímulo para o compartilhamento imediato do que se recebe.

⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, v. 1, p. 99.

⁶ O *GDPR* (Regulamento UE 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho) foi aprovado em abril de 2016 e entrou em vigor na União Europeia em maio de 2018. Sua íntegra, em português, pode ser conferida em: <http://bit.ly/2RrnAX0>. Acesso em: 20 fev. 2019.

⁷ Artigos 42 a 45 da LGPD.

Válido aqui abrir um parêntese para comentar o entendimento que prevalecia no Superior Tribunal de Justiça (STJ) antes do advento do Marco Civil da Internet. Firmou-se, graças sobretudo a precedentes relatados pela Ministra Nancy Andrighi, a regra de que, caso o ofendido denunciasses (extrajudicialmente) ao provedor de aplicações a existência de conteúdo ofensivo, o provedor teria o prazo de 24 horas para removê-lo, sob pena de, ultrapassado tal interregno, ser solidariamente responsável, juntamente com o ofensor⁸.

Tome-se por exemplo o Recurso Especial nº 1.338.214/MT, da Terceira Turma, relatora a Ministra Nancy Andrighi, onde se decidiu que, embora a fiscalização prévia do conteúdo postado pelos usuários não seja uma atividade intrínseca ao serviço prestado, ao ser cientificado do conteúdo ilícito o provedor teria 24 horas para “remover preventivamente” o material, fazer uma análise da alegada ilicitude e, confirmada, excluir definitivamente, para não responder de modo solidário.

Convencionou-se que este seria um prazo razoável para que os provedores tomassem as providências necessárias e removesses o conteúdo que considerassem ilegais. Todavia, como dito, embora nas situações corriqueiras a regra poderia ser eficaz, nos casos em que o conteúdo se torna viral, mesmo este prazo de 24 horas pode ser considerado longo demais, de modo que a ofensa se multiplique e atinja um número incalculável e inimaginável de pessoas.

Assim, à exceção dos casos de *revenge porn*, ou pornografia de vingança – onde a exclusão do conteúdo pode ser requerida extrajudicialmente diretamente ao provedor de aplicações (art. 21 da Lei nº 12.965/2014) –, o prejudicado deve sempre ajuizar ação judicial⁹ para: a) exclusão do conteúdo tido por ilícito; b) obtenção dos dados de IP¹⁰ do servidor de aplicações (Google, Facebook, UOL, para citar apenas os mais conhecidos no dia a dia do Judiciário); c) a partir do endereço IP fornecido no tópico acima, obtenção dos dados cadastrais, registrados em um servidor de conexão (Vivo, Claro, Oi, Net etc.); d) para só então (em sendo possível), chegar ao titular da conexão de onde foi praticada a ilegalidade, que eventualmente será acionado civil ou criminalmente por conta do ilícito praticado.

Esta – que para muitos pode ser considerada uma verdadeira *via crucis* processual¹¹ – tem sua razão de ser sobretudo a partir da edição do Marco Civil da Internet (MCI).

⁸ Sobre o tratamento conferido pela jurisprudência à questão da responsabilidade civil dos provedores, pré e pós Marco Civil, vide GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Uma análise da responsabilidade civil dos provedores na lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Direito & internet III: Marco Civil da Internet* (Lei n. 12.964/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, t. 2, p. 307.

⁹ Não se esqueça que o entendimento citado acima prevalecia previamente ao MCI, não sendo mais aplicável por expressa disposição legal.

¹⁰ IP é a sigla para *Internet Protocol*. De acordo com o site de tecnologia TechTudo, trata-se de uma identificação única para cada computador conectado a uma rede. Podemos imaginá-lo como uma espécie de documento de identificação único. Conhecer o endereço IP de um usuário pode ser muito útil, por exemplo, para descobrir se o computador está conectado diretamente à internet ou se há alguma outra máquina fazendo o intermédio. A informação pode até mesmo ser usada para confirmar algum tipo de atividade ligada a um *Internet Protocol*, como em casos de fraudes. Disponível em: <https://glo.bo/362jVEo>. Acesso em: 20 fev. 2019.

¹¹ Os civilistas, em especial, são os maiores críticos deste longo caminho que, para eles, dificulta muito (quando não verdadeiramente priva) os ofendidos de conseguirem a reparação pelos danos sofridos.

Isso porque, nos anos que antecederam a edição do MCI, uma prática muito comum era o ajuizamento de ações com pedidos de remoção de conteúdo considerado ilícito, cumuladas com pedidos indenizatórios, apenas contra os provedores de aplicações.

Na prática, os ofendidos direcionavam as suas pretensões todas aos servidores, sob alegação de falha no serviço, por não terem monitorado e impedido que a publicação tida por ofensiva ocorresse. Além disso, era um modo mais eficaz de conseguir a indenização pecuniária, uma vez que os provedores costumam ser grandes empresas. Não era raro nem mesmo observar que, satisfeito com a remoção e a indenização recebida, o ofendido sequer se preocupasse em descobrir a pessoa responsável pela propagação da ilicitude.

1. As mudanças advindas do Marco Civil da Internet

Não há procedimento expressamente previsto na lei processual vigente (Código de Processo Civil – CPC/2015), ou mesmo nas mais importantes legislações sobre direito digital (Marco Civil da Internet e Lei de Proteção de Dados), que aparentemente suporte tantas providências distintas contra tantos responsáveis diferentes (provedor de aplicações, provedor de conexão, ofensor), o que torna um verdadeiro desafio para os processualistas e tribunais¹² indicar quais seriam as vias adequadas – ou a mais adequada – para a obtenção da tutela necessária nestes casos de direito digital.

A Lei nº 12.965/2014 trouxe uma significativa mudança na responsabilidade pelo conteúdo criado por terceiros, que logo – como não poderia deixar de ser – foi adotada pela jurisprudência pátria, embora não ficasse imune a críticas, nem a projetos de lei tendentes a alterá-la¹³.

Dispõe o artigo 19 do MCI que, para “assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, o provedor de aplicações “somente será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para [...] tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente”.

A disciplina legal trazida pelo Marco Civil foi muito comemorada pelos defensores da liberdade de expressão e também pelos provedores de aplicações. Para estas empresas, a regra até então aplicada gerava forte insegurança jurídica, na medida em que o provedor era responsável por suspender o conteúdo preventivamente e fazer uma análise própria, privada, sobre a ilicitude ou não do material, removendo-o permanentemente em caso positivo ou o recolocando no ar, caso a ofensa não justificasse a remoção.

Sempre se alegou que, excluídas as hipóteses evidentes, não competiria a uma empresa privada decidir a respeito da ilicitude ou não do conteúdo, tarefa afeita ao Poder Judiciário, a quem compete, efetivamente, julgar.

¹² Para uma ampla análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito de temas processuais ligados ao direito digital, conferir: MARTINS, Ricardo Maffei, *As decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre Direito Digital*. No prelo.

¹³ Uma das tentativas mais bizarras foi a ideia de um projeto de lei do deputado Cláudio Cajado (DEM/BA) que visava acelerar a identificação e punição de pessoas que criassem páginas ofensivas a políticos. A proposta ainda responsabilizava, inclusive criminalmente, os provedores, redes sociais ou portais que hospedassem tais *sites*, tornando desnecessária a busca da via judicial. Datada de setembro de 2015, pela nossa consulta no *site* da Câmara dos Deputados, a proposta sequer foi formalizada como projeto de lei após grande polêmica de que seria uma tentativa de censura a críticas feitas a políticos.

Com a nova regra, criou-se um *safe harbor* para os provedores de aplicações, ou seja, uma proteção para que eles não sejam mais civilmente responsáveis por danos praticados por terceiros, até que sejam judicialmente chamados a remover o conteúdo.

E não só isso, pois a lei se preocupou em exigir uma “ordem judicial específica [...] no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço” e ainda com “identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”, tudo sob pena de nulidade da ordem judicial¹⁴.

Com isso, restaram definitivamente afastadas as ordens genéricas, outrora tão comuns, do tipo *remover da internet o conteúdo ofensivo* ou *deletar todas as postagens ofensivas ao autor*. Eventual ordem nesse sentido que ainda seja proferida acaba, inevitavelmente, sendo reformada pelas instâncias superiores.

Enquanto, de um lado, a nova disciplina trouxe segurança jurídica aos provedores e, de fato, contribuiu com a defesa e proteção da liberdade de expressão¹⁵, é inegável que tornou mais difícil a responsabilização civil dos ofensores.

Se antes o trabalho consistia, basicamente, em notificar extrajudicialmente o provedor para que o conteúdo fosse removido (ao menos temporariamente), os ofendidos passaram a ter que contratar um advogado¹⁶ e ajuizar uma ação para conseguir tal intento.

Mais do que isso, tornou-se necessário que o pedido de tutela de urgência seja formulado de forma técnica e deferido – em ordem judicial específica e nos limites técnicos de cada serviço – para que o pleito de remoção seja efetivamente cumprido pelo provedor.

E, como visto, nem as leis específicas (Marco Civil e Lei de Proteção de Dados), nem o Código de Processo Civil, regulamentam especificamente os modos à disposição do autor para atingir seu objetivo.

2. A preocupação com o sigilo de dados

Dois pontos de especial relevo merecem ser discutidos nos casos aqui tratados, em que o réu não pode ser identificado desde o início da lide, por estar protegido pelo anonimato.

O primeiro, é a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, em agosto de 2018, e o segundo é a tormentosa questão sobre o fornecimento ou não dos dados do suposto ofensor no início da lide, ainda em sede de cognição sumária (momento processual em que raras vezes é possível saber se a ofensa narrada pelo autor constitui ou não um ilícito).

Começemos pelo primeiro tópico.

¹⁴ Segundo o parágrafo único do artigo 19 do MCI.

¹⁵ Especialmente quando se considera que, se o antigo entendimento da jurisprudência prevalecesse, a regra fatalmente seria a remoção em massa de conteúdo, pois poucos provedores teriam incentivo a manter no ar algo produzido por terceiro.

¹⁶ Salvo nos casos de ingresso nos Juizados Especiais Cíveis, com todas as limitações que o sistema possui, seja quanto ao valor da causa, à impossibilidade de denúncia da lide ou de realização de perícia etc., uma vez que destinado às causas de menor complexidade. Inclusive, não é atípico encontrar na praxe dos Juizados, magistrados que não admitem ação de remoção de conteúdo e identificação/responsabilização do ofensor a pretexto de ser alta a complexidade da matéria, pese a autorização expressa do art. 19, § 3º, do MCI, de processamento destas ações nos Juizados.

A entrada em vigor do Marco Civil da Internet, em junho de 2014, trouxe, pela primeira vez, de forma consistente, a preocupação do legislador com a proteção dos dados pessoais¹⁷, considerada um dos princípios do uso da internet no país (art. 3º, inc. III).

Na sequência, no capítulo reservado aos direitos e garantias dos internautas, o MCI assegura a inviolabilidade e o sigilo, tanto do “fluxo das “comunicações pela internet”, quanto das “comunicações privadas armazenadas” (art. 7º, inc. II e III), assim como o “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão e de acesso a aplicações” (art. 7º, inc. VII). Convém mencionar que essas garantias podem ser afastadas por ordem judicial, nos casos autorizados em lei.

Posteriormente, a Lei nº 13.709/2018 veio para complementar o MCI no que se refere aos dados pessoais dos usuários de internet¹⁸. Dentre suas previsões, destacamos, ainda na parte dos direitos dos titulares dos dados¹⁹, a previsão expressa de o titular obter do controlador²⁰ dos dados “a qualquer momento”, a confirmação da existência dos dados, o acesso a eles, a possibilidade de correção de equívocos, a eliminação ou anonimização²¹ do que se mostrar desnecessário, a portabilidade para outras empresas e a revogação do consentimento para o tratamento dos dados por terceiros (art. 18, *caput* e incisos).

Importante previsão da LGPD está no capítulo referente à responsabilidade e ao ressarcimento dos dados (a partir do art. 42). Embora, por um lado, a previsão de que o controlador ou operador de dados que, em sua atividade, causar dano a outrem, esteja obrigado a repará-lo seja mera repetição da regra geral de responsabilização civil do Código Civil (arts. 186 e 927), a lei regula pontos bem específicos referentes ao tratamento de dados.

Tudo isso acaba sendo de fundamental importância pela obrigatoriedade de preservação do sigilo dos dados dos usuários, de forma que, efetivamente, não restará alternativa a quem precise obter os dados para identificação de outra pessoa senão se socorrer do Poder Judiciário.

Surge então o segundo ponto a ser enfrentado: deve o juiz autorizar liminarmente a entrega de dados do suposto ofensor ao autor da ação?

Entendemos que esta questão é verdadeiramente tormentosa porque, de um lado, sem o fornecimento dos dados, o autor terá real dificuldade até mesmo para corretamente

¹⁷ Como bem pontuado por Renato Leite Monteiro, a captação e guarda de dados dos usuários é uma realidade, uma vez que sua monetização faz parte do próprio modelo de negócios sob o qual estão estruturados os provedores de internet. MONTEIRO, Renato Leite. Da proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coord.). *Marco Civil da Internet: lei 12.965/2014*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 141.

¹⁸ A LGPD não se limita à proteção dos dados no meio virtual, mas, para o objeto deste artigo, vamos nos limitar a eles.

¹⁹ Esse ponto é muito importante, pois a LGPD afasta as dúvidas sobre a titularidade dos dados quando, em seu art. 17, dispõe expressamente que “toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais”, fulminando a pretensão de empresas que, por permitir o uso de programas e aplicativos, entendiam serem elas as titulares dos dados de seus usuários.

²⁰ Empresa ou pessoa física responsável pela coleta dos dados e que tem a obrigação de tomar as decisões sobre o tratamento destes dados, mesmo que não realize diretamente o tratamento.

²¹ De acordo com a definição da própria LGPD, anonimização é a “utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo” (art. 5º, XI). Em outras palavras, com ela aumenta-se a privacidade dos dados colhidos, pois são substituídos ou deletados os dados que vinculam determinada informação a um certo usuário, de modo que a informação somente poderá ser utilizada em relatórios e estatísticas. A título de exemplo, uma vez anonimizados os dados de uma livraria virtual, esta continuará sabendo quantos dicionários ou quantos códigos comentados foram vendidos, mas não mais quem adquiriu cada exemplar.

identificar o sujeito passivo da demanda²²; por outro lado, como fica a situação do réu, exposto desde o início da lide, se ao final, quando do julgamento de mérito, restar decidido que não houve delito, mas sim o exercício da liberdade de expressão?

Temos a convicção de que a questão não se resolve da forma simples como poderia parecer à primeira vista, com a mera observância do disposto no art. 5º, inc. IV, da Constituição Federal, no sentido de ser livre a manifestação do pensamento, “sendo vedado o anonimato”.

Este tema foi objeto de profícuo debate no seminário “Privacidade, Sigilo e Compartilhamento”²³, onde um dos autores deste texto pôde expor os embates entre liberdade de expressão *versus* proteção da privacidade e as questões relativas ao anonimato, sigilo e uso de pseudônimos. Na oportunidade, concluiu-se²⁴ que o sigilo sobre a autoria de determinado conteúdo deve ser garantido quando não houver a configuração de um ilícito, sobretudo a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal classificou como um “sobredireito” a livre e plena manifestação do pensamento e da informação²⁵.

Porém, esse entendimento é válido quando o autor puder identificar alguém para inclusão no polo passivo de uma ação judicial.

Explica-se: um *site* pode publicar uma matéria sem designação da autoria ou com a utilização de um pseudônimo e alguém se sentir ofendido com a publicação. Na busca por seus direitos, o ofendido não terá problemas em ajuizar uma ação em face do responsável pela página, que poderá se defender sem identificar o autor daquela publicação específica, pelo menos até que a sentença declare que, efetivamente, ocorreu um ilícito.

Caso se conclua que não houve ilícito, não há razão para prestar tal informação. Não é o caso propriamente de anonimato, na medida em que o responsável pela publicação – e não necessariamente pela matéria impugnada – estava identificado.

Por outro lado, há casos em que a identificação do autor do conteúdo combatido se mostra obrigatória para o próprio desenrolar da lide, sob pena de não se saber sequer a quem imputar a prática ilícita. Para estes casos, onde se fala efetivamente em anonimato, apontamos as seguintes saídas.

3. Legitimação passiva nas ações de remoção de conteúdo e responsabilidade civil

De nossa parte²⁶ já tivemos a oportunidade de apontar cinco soluções possíveis no âmbito cível para a questão de como proceder para obter a satisfação do pedido (normalmente, remoção de conteúdo e indenização por danos materiais e morais)

²² Este tema, com as diferentes possibilidades colocadas à disposição do autor, será abordado no próximo capítulo.

²³ Ocorrido em São Paulo, em outubro de 2017, organizado pelo Observatório de Comunicação da USP e pelo Instituto Palavra Aberta.

²⁴ MARTINS, Ricardo Maffei. A garantia do sigilo diante da inexistência de ilícito. In: COSTA, Maria Cristina Castilho (org.). *Privacidade, sigilo e compartilhamento*. São Paulo: ECA-USP, 2018. Disponível em: <http://bit.ly/38rGCDV>. Acesso em: 8 mar. 2019.

²⁵ No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130. Ainda sobre a colisão de princípios constitucionais e o uso da ponderação como mais eficaz meio de solução, vide: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 145.

²⁶ Um dos autores deste ensaio (Fernando da Fonseca Gajardoni) sustentou referido ponto de vista em seminário sobre Direito Digital realizado na Escola Paulista da Magistratura (EPM) entre agosto e outubro de 2018, em curso sob a coordenação do Desembargador Luis Soares de Mello Neto e do Juiz Fernando Antonio Tasso (<http://bit.ly/2RppN5C>). Posteriormente, publicou brevíssimo texto a respeito do tema: Direito digital e ações contra réus indeterminados no Novo CPC. *Jota*. São Paulo, 3 set. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/38g0N7k>. Acesso em: 9 mar. 2019).

nos casos em que o violador da lei está encoberto pelo anonimato. Em todas elas, uma boa pitada de flexibilização do procedimento pelo juiz é fundamental para a adaptação do instrumental existente às particularidades do direito digital.

A maioria das alternativas que serão abaixo apontadas já foi colocada em prática perante o Judiciário, especialmente, a partir de 2018, nas Varas de Direito Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem do Foro Central de São Paulo²⁷, de modo que os apontamentos feitos levam em consideração não apenas a abordagem teórica do Direito Processual e Digital, mas também a prática.

1ª opção – Esta é, provavelmente, a mais complicada para o autor, seja em termos de demora processual, seja no tocante aos custos, pois envolve o manejo de, ao menos, três ações sucessivas.

Inicia-se com uma ação de obrigação de fazer (art. 497 do CPC/2015) contra o provedor de aplicações para obtenção dos registros²⁸, cumulada com pedido de retirada liminar do conteúdo ilícito (art. 300 do CPC/2015).

Tome-se por exemplo uma ação movida contra o Facebook denunciando uma postagem ofensiva feita naquela rede social, ou uma ação ajuizada contra o Google, para remoção de um vídeo publicado no YouTube.

Atendido no pedido de urgência de remoção do material apontado como ofensivo e depois no fornecimento de dados por parte do provedor de aplicações – que, via de regra, não possui os dados cadastrais do usuário, mas somente seus dados de acesso e, talvez, uma conta de e-mail²⁹ – o autor passa à segunda etapa, que é o ajuizamento de uma segunda ação de obrigação de fazer (art. 497 do CPC/2015), desta vez movida contra o provedor de conexão, para indicação dos registros de conexão de onde proveio a prática do ato ilegal³⁰.

Diferente dos provedores de aplicações, os provedores de conexão têm a obrigação de obter e guardar os dados pessoais de seus usuários.

Assim, de posse dos dados de acesso já fornecidos, é possível identificar qual computador foi o responsável pelas conexões buscadas e entregar os dados de quem – pessoa física ou jurídica – é o responsável por aquela conexão. Pode-se chegar a uma residência (por exemplo, a internet de sua casa), a uma empresa (se a conexão foi feita a partir da internet do local de trabalho) ou ao titular de uma linha de telefonia celular (modalidade de uso de internet que mais cresce no Brasil e no mundo).

²⁷ Duas varas especializadas, instaladas no final de 2017 no Fórum João Mendes Júnior, na capital paulista.

²⁸ Normalmente, os pedidos mais comuns apresentados ao Judiciário são de identificação do endereço IP, mas, a depender da situação concreta, pode ser necessário o fornecimento de outros dados além do IP.

²⁹ Faça o leitor um exercício de memória. Tente se lembrar se precisou apresentar algum documento pessoal ao criar uma conta de e-mail, um perfil de rede social ou baixar um aplicativo em seu celular. A resposta é, invariavelmente, não. Preenche-se um questionário (onde o usuário pode criar um perfil totalmente falso), pode-se colocar uma foto (verdadeira ou não) e, na maior parte das vezes, é preciso confirmar a inscrição utilizando-se apenas uma conta de e-mail (que pode, por sua vez, também ter sido criada com dados falsos). Nenhuma outra confirmação ou comprovação dos dados fornecidos é solicitada. Por outro lado, os provedores de aplicações têm a obrigação de registrar e armazenar em segurança os dados do acesso por parte de seus usuários.

³⁰ Explica-se. Com o fornecimento do IP utilizado na conexão, pode-se descobrir, na maior parte das vezes sem qualquer dificuldade, quais foram os provedores de conexão utilizados para a prática do ilícito. Assim, conhecendo-se a operadora e informando a ela os registros de conexão, com data hora e local, tais empresas têm condições de identificar qual de seus usuários foi o responsável pela prática ilícita.

Partindo-se do pressuposto que tudo tenha dado certo nas duas primeiras demandas³¹, o ofendido, que já obteve a remoção do conteúdo, de posse agora da identificação do ofensor, poderá finalmente ajuizar a terceira ação, com pleito de indenização contra o violador da lei, buscando a reparação civil.

Nesta terceira ação, costuma-se formular também pedido de obrigação de não fazer para que o ofensor não torne a publicar ofensas de igual ou semelhante teor. Não raras vezes, também é feito o pedido de retratação pública, pleito que – a partir de nossa experiência – tem se mostrado majoritariamente infrutífero.

Reitere-se que seriam três ações judiciais consecutivas para a solução de um único problema. Três demandas autônomas, cada qual com recolhimento de custas processuais, espera de citação e resposta dos réus – eventualmente sendo necessário defender em 2º grau a tutela de urgência concedida, quando, não raro, os provedores interpõem agravo de instrumento para não serem obrigados a cumprir a ordem judicial ou, no mínimo, para afastar eventual multa diária fixada – sem falar nos gastos com honorários advocatícios³².

2ª opção – Ajuíza-se um pedido de tutela antecipada antecedente (art. 303 do CPC/2015) contra o provedor de aplicações para obtenção dos registros de IP de onde proveio a ofensa, com pleito de remoção do conteúdo.

Deletado o material ilícito e fornecidos os dados, procede-se ao aditamento da petição inicial (art. 303, § 1º, do CPC), agora lançando-se no polo passivo o provedor de conexão, sendo certo que o novo pedido é o de cumprimento da obrigação de fazer (art. 497 do CPC/2015) consistente na identificação dos dados cadastrais do titular da conexão de onde proveio a violação da lei.

Identificado o ofensor, tal qual na primeira hipótese, o caminho a seguir é o ajuizamento de uma segunda ação, agora com pleito indenizatório cumulado com pedido de obrigação de não fazer contra o violador da lei, para responsabilização pecuniária, inclusive para eventualmente impedir que a conduta ilícita se renove.

Aqui já se tem uma ação a menos, porém, ainda com ao menos duas ações judiciais consecutivas. A primeira delas, bastante discutível do ponto de vista processual (art. 303, § 1º, do CPC), uma vez que a propositura da tutela antecedente se dá contra uma parte (provedor de aplicações), mas a emenda será contra outra parte (provedor de conexão). Ou seja, o risco de indeferimento da petição inicial torna-se concreto por conta desta questão processual não prevista no CPC.

³¹ Não vamos poder nos aprofundar no tema no âmbito deste artigo, mas uma das questões que mais atormenta o Judiciário nas demandas ligadas ao Direito Digital ocorre quando o provedor de aplicações fornece o IP e a operadora não pode identificar o usuário, por ainda utilizar a tecnologia conhecida como IPV-4, cujo número de endereços IP é limitado, de forma que um mesmo IP pode ser utilizado, simultaneamente, por um número grande de usuários daquele provedor de conexão (às vezes, centenas). Nesses casos, a operadora costuma requerer que o Juízo solicite ao provedor de aplicações a chamada *Porta Lógica de Origem*, através da qual seria possível chegar ao usuário. Na prática, porém, os provedores de aplicações informam não serem obrigados a armazenar tal dado, de modo que o autor da ação fica sem saber o que fazer. Indicamos, aos interessados no tema, a leitura dos seguintes acórdãos: TJ/SP – Agravo de Instrumento nº 2193330-35.2017.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. PIVA RODRIGUES, j. em 30.01.2018; STJ – Recurso Especial nº 1.641.133/MG, 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 20.06.2017.

³² Doutrina e jurisprudência majoritárias entendem ser incabível, na ação de remoção de conteúdo e identificação do ofensor, a condenação dos provedores em sucumbência. Trata-se de ação necessária, sem causalidade por parte dos provedores, considerando que não podiam, por força do MCI, fornecer os dados do ofensor mediante simples requerimento extrajudicial.

E, em caso de indeferimento da inicial, retorna-se à necessidade da propositura de três ações distintas.

3ª opção – Ajuizamento de uma ação de produção antecipada de provas (art. 381, III, do CPC/2015) contra os provedores de aplicações e de conexão (formando um litisconsórcio sucessivo) para identificar o violador da lei através do fornecimento dos dados necessários para tanto.

Apresentados os dados, em caso de sucesso na identificação do ofensor, o autor pode seguir pelo caminho já explicado, ajuizando ação autônoma com pedidos de obrigação de não fazer, eventual retratação e reparação financeira por danos morais e/ou materiais.

Novamente, temos duas ações judiciais consecutivas.

Antes de passarmos às duas últimas alternativas, importante fazer um adendo. A primeira opção não enfrenta qualquer restrição por parte do Judiciário. Seu maior problema reside nos gastos – de tempo e financeiros – relativos ao ajuizamento de três ações.

As alternativas de número dois e três, por sua vez, estão mais suscetíveis de enfrentarem resistências. A da tutela antecipada antecedente, como visto, pelo fato de o pedido principal (emenda à inicial) ser voltado a uma parte diferente daquela contra quem é formulado o pedido de urgência.

A produção antecipada de provas, por seu turno, sofreu significativa alteração com o CPC/2015, sendo possível afirmar que o Judiciário ainda não assimilou, por completo, a existência no país, de ações autônomas de produção de provas. Além disso, embora seja um procedimento sem maiores complicações, não é difícil que a parte contrária consiga, via agravo de instrumento, retardar seu andamento nos tribunais.

Há ainda outro ponto que merece ser mencionado, pela relevância.

Temos observado de nossa experiência no Judiciário e na advocacia que, como regra, quando uma pessoa ou empresa decide ajuizar uma ação para remoção de conteúdo postado na internet e identificação do responsável pelo material ilícito, normalmente há extrema urgência; necessita-se de resposta imediata da Justiça; que os provedores cumpram rapidamente a ordem judicial de remoção e fornecimento de dados.

No afã de conseguir o que se quer no menor tempo possível, muitas vezes os autores optam por requerer que a ordem seja cumprida em prazo exíguo, sob pena de altíssimas multas diárias em caso de descumprimento.

Embora os juízes costumem agir com discernimento e ponderação nestes momentos, normalmente reduzindo as *astreintes* a um valor mais razoável do que o pleiteado, o arbitramento da multa (muitas vezes de imposição prévia desnecessária, considerando que os provedores não têm interesse, como regra, na preservação do conteúdo e dos dados do usuário diante da ordem judicial), é o motivo da interposição de agravos que podem tumultuar o trâmite processual e dificultar o cumprimento da ordem.

Isso porque nem sempre a determinação judicial é específica, nos limites técnicos do serviço prestado (como preceitua o art. 19, *caput* e seu parágrafo único, da Lei nº 12.965/2014), de modo que se possa identificar de modo preciso e inequívoco o material tido por infringente.

Assim, na dúvida quanto à extensão do cumprimento da ordem judicial, o provedor, que poderia simplesmente fazer um questionamento ao Juízo quanto ao

modo de atender o comando judicial, opta por interpor o agravo de instrumento para não correr o risco de ver contra si aplicada uma pena cujo valor aumenta diuturnamente³³.

4ª opção – Uma única ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e/ou morais (art. 327 do CPC/2015) contra o provedor de aplicações, para obtenção dos registros (endereços IP) e retirada liminar do conteúdo (art. 300 do CPC), em litisconsórcio facultativo eventual³⁴ com os seguintes corréus indeterminados (art. 319, §§ 1º e 2º, do CPC/2015³⁵): (i) o provedor de conexão, para indicação dos dados cadastrais/pessoais do infrator e; (ii) o violador da lei, para responsabilização civil e comprometimento de não tornar a repetir a conduta ilícita.

Pela primeira vez, tem-se a opção de ajuizamento de uma única ação e não mais duas ou três. Porém, não será uma ação simples, na medida em que o polo passivo será constituído por – pelo menos – três réus, sem qualquer ligação entre si e que comparecerão ao processo cada qual com uma função distinta dos demais, pois os pedidos formulados contra cada um deles não têm relação com os outros (com exceção, claro, da necessidade de fornecimento consecutivo de dados, para identificação do ofensor).

5ª opção – Uma única ação de indenização contra réu(s) indeterminado(s) violador(es) da lei para fins de responsabilização civil e obrigação de não fazer, ou seja, não voltar a publicar o material ofensivo (art. 319, §§ 1º e 2º, do CPC).

Aqui, ataca-se diretamente o responsável pelo dano causado, nos termos não apenas da legislação específica (Marco Civil da Internet e Lei Geral de Proteção de Dados), mas do próprio Código Civil, em seus artigos 186 e 927³⁶.

O problema continua sendo o de que, no momento do ajuizamento da ação, não se sabe a identidade dos ofensores, que ainda são indeterminados.

Para chegar a eles, em vez da apresentação de outras ações antecedentes, requer-se ao juiz a expedição de ofícios sucessivos aos provedores de aplicações (identificação do IP e remoção liminar do conteúdo inadequado) e, na sequência, aos provedores de conexão (apresentação dos dados cadastrais/pessoais do violador).

Vencida esta etapa e fornecidos os dados, o autor emenda sua petição inicial para consolidação do polo passivo da demanda, uma vez que o réu, antes indeterminado, agora já é conhecido do autor da ação, graças às respostas fornecidas pelos provedores aos ofícios judiciais.

³³ Convém ainda não esquecer que, quando as *astreintes* atingem um valor elevado em decorrência do decurso do prazo, muitos autores passam a deixar de se preocupar com o cumprimento da ordem de remoção/fornecimento de dados, preferindo optar por torcer para que a multa aumente cada vez mais, esquecendo-se que, quando a penalidade atinge valor exagerado, costuma ser reduzida pelas instâncias superiores.

³⁴ Sobre a temática, ver: SANTOS, Silas Silva. *Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo*. São Paulo: Atlas, 2013. Para fins deste texto, entende-se por litisconsórcio passivo eventual aquele que será formado, apenas, se eventualmente for possível a revelação dos dados do provedor de conexão e/ou do ofensor.

³⁵ Sobre o art. 319, §§ 1º e 2º, do CPC, conferir os comentários de André Roque. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos, e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Método, 2018.

³⁶ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Esta última opção tem duas vantagens.

A primeira delas, cristalina, que é a sensível diminuição de gastos e de tempo com o ajuizamento de apenas uma ação.

A segunda, não tão perceptível, mas real: como os provedores deixam de figurar no polo passivo da demanda, limitando-se agora, na qualidade de terceiros, a responder ofícios judiciais, deixam de se preocupar com questões como custas processuais, eventual sucumbência, necessidade de provisionamento e gastos com advogados etc.

Tudo isso faz com que os ofícios expedidos para remoção do conteúdo, identificação do provedor de conexão e indicação do suposto ofensor sejam prontamente atendidos, restando afastado o comportamento litigioso observando quando, então, são os provedores de aplicação e conexão citados na qualidade de réus.

Todas as medidas judiciais supra indicadas, como regra, seriam possíveis à luz do interesse (e disposição) da parte prejudicada pela ofensa³⁷.

Conclusões

Apresentadas as medidas, cada qual com suas vantagens e problemas, entendemos que a via mais vantajosa (para as partes e para o Poder Judiciário) e adequada (do ponto de vista processual) é a última delas.

Os motivos são vários.

Primeiro, em uma interpretação pró-ativa do art. 319, §§ 1º e 2º do CPC/2015 (que não foi pensado para as situações ora cogitadas), bem se verá que compete à autoridade judiciária colaborar com o autor na própria identificação da parte requerida na demanda, e não, apenas, para a obtenção da sua qualificação completa.

A admissão da ação para remoção liminar do conteúdo ilegal e indenização contra o ofensor incerto, seguida de ofícios para os provedores de aplicações e conexão (a fim de excluir o conteúdo e informar os dados do ofensor), cumpre adequadamente tal dever processual do Estado-Juiz, pois permite a identificação do ofensor em estrito cumprimento dos ditames da Lei nº 12.965/2014, além de garantir a proteção dos dados dos usuários da internet, que, como visto, não serão divulgados caso o Judiciário não constate a ocorrência do ilícito³⁸.

Segundo, pois a manutenção dos provedores como terceiros no processo parece ser a solução mais adequada do ponto de vista do direito material (Lei nº 12.965/2014), já que, graças ao *safe harbor* dos artigos 18 e 19 do Marco Civil da Internet, não são eles responsáveis pelos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, de modo que as providências que lhes são requisitadas com base nos parágrafos do art. 19 e nos arts. 22 e 23, todos do MCI, devem se dar na forma do art. 403, parágrafo único, do CPC/2015 (exibição incidental contra terceiros), dispensando que figurem no polo passivo do processo.

³⁷ Salvo se o lesado preferir o ajuizamento da ação pelo sistema dos Juizados Especiais, como autoriza o art. 19, § 3º, da Lei nº 12.965/2014. Nestes casos, crê-se que somente as opções 1 e 3 seriam viáveis, pois o emprego da tutela antecipada antecedente (artigo 303 do CPC/2015) e a identificação da parte passiva (artigo 319, §§ 1º e 2º, do CPC/2015) – necessários para o uso das opções de nº 2, 4 e 5 –, parece incompatível com o procedimento sumaríssimo da Lei nº 9.099/1995, que regula os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

³⁸ Vide capítulo II, supra.

Terceiro, porque a solução preconizada ainda traz a reboco a vantagem de que, não resistindo à ordem de baixa do conteúdo tido por ilícito e prestando as informações requisitadas, não há sucumbência a se arbitrar em desfavor dos provedores de aplicações e de conexão (que não são partes no processo), até porque não tinham autorização legal para baixar o conteúdo (salvo no caso do art. 21 do Marco Civil) ou prestar informações (dados de conexão e cadastrais) sem requisição judicial.

A quarta vantagem vem do que temos observado no dia a dia forense. Se, há alguns anos, a adoção da quinta opção acima seria vista com desconfiança e provavelmente esbarraria em questões processuais ligadas aos requisitos da petição inicial, hoje este modelo tem sido aceito de forma mais ampla, desde que bem justificada a necessidade da expedição de ofícios para posterior identificação completa do(s) réu(s). Ademais, agora há suporte legal por aproximação para a adoção desta medida (art. 319 e §§ do CPC).

Por fim, uma última nota.

A temática dos processos envolvendo violações da lei praticadas pela via digital ainda é nova (o Marco Civil da Internet é de 2014, ao passo que a LGPD foi editada em 2018), embora tenda a se tornar cada vez mais comum com o passar dos anos. Além disso, demanda dos operadores do Direito um certo conhecimento de questões técnicas ligadas ao tema, de modo que sempre é bom ter em mente que o Judiciário, à luz do princípio da cooperação (art. 6º do CPC/2015), deve orientar as partes sobre suas escolhas processuais e respectivas vantagens e desvantagens da eleição de cada uma das opções processuais supra indicadas.

Relembramos então a lição com a qual abrimos este breve ensaio: diante de lacunas na lei, compete ao julgador, em auxílio e cooperação com os litigantes (art. 6º do CPC/2015), calibrar o procedimento ao caso concreto, fazendo as competentes adaptações de modo que nem o autor seja prejudicado na busca pela tutela jurisdicional, nem o réu no seu direito de defesa.

Referências bibliográficas

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização do procedimento: um novo enfoque para estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Direito digital e ações contra réus indeterminados no Novo CPC. *Jota*. São Paulo, 3 set. 2018. Disponível em: <http://bit.ly/38g0N7k>. Acesso em: 16 jan. 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC/2015*. 2. ed. São Paulo: Método, 2018.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Uma análise da responsabilidade civil dos provedores na lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coord.). *Direito & internet III: Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.964/2014)*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MARTINS, Ricardo Mafféis. A garantia do sigilo diante da inexistência de ilícito. In: COSTA, Maria Cristina Castilho (org.). *Privacidade, sigilo e compartilhamento*. São Paulo: ECA-USP, 2018.

MARTINS, Ricardo Maffeis. As decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre Direito Digital. No prelo.

MONTEIRO, Renato Leite. Da proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (coord.). *Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Silas Silva. *Litisconsórcio eventual, alternativo e sucessivo*. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. v. 1.