



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

RODOLFO IGNÁCIO ALICEDA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GOOGLE PELO  
SERVIÇO DE LINKS PATROCINADOS E O PODER DAS  
REDES:  
DANOS ÀS MARCAS E À CONCORRÊNCIA**

RODOLFO IGNÁCIO ALICEDA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GOOGLE PELO  
SERVIÇO DE LINKS PATROCINADOS E O PODER DAS  
REDES:  
DANOS ÀS MARCAS E À CONCORRÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL - como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Tarcisio Teixeira

Londrina  
2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Aliceda, Rodolfo Ignácio .

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GOOGLE PELO SERVIÇO DE LINKS PATROCINADOS E O PODER DAS REDES : DANOS ÀS MARCAS E À CONCORRÊNCIA / Rodolfo Ignácio Aliceda. - Londrina, 2021.  
230 f.

Orientador: Tarcísio Teixeira.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2021.

Inclui bibliografia.

1. Links Patrocinados - Tese. 2. Google Ads - Tese. 3. Provedor de Aplicação - Tese. 4. Responsabilidade Civil - Tese. I. Teixeira, Tarcísio . II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 34

RODOLFO IGNÁCIO ALICEDA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GOOGLE PELO  
SERVIÇO DE LINKS PATROCINADOS E O PODER DAS  
REDES:  
DANOS ÀS MARCAS E À CONCORRÊNCIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL - como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Dr. Tarcisio Teixeira  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do  
Amaral  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Ana de Oliveira Frazão Vieira de  
Mello  
Universidade de Brasília – UNB

Londrina, 02 de setembro de 2021.

Com muito esforço e em tempos difíceis, em  
que a internet uniu as pessoas separadas por  
uma pandemia.

Nesta vida conectada, dedico aos meus pais e  
a minha namorada.

## **AGRADECIMENTOS**

Quero agradecer aos meus pais, Teresa e Celso, por sempre acreditarem nas minhas forças e em minha capacidade. Agradeço pelo amor com que me criaram e pela crença depositada em mim.

Agradeço a Gabriela, que em tempos de pesquisa esteve ao meu lado durante a graduação, especialização e neste mestrado.

Meus agradecimentos ao professor Dr. Tarcisio Teixeira, que me orientou não somente na pesquisa, mas na paciente tarefa de acompanhar-me no início da caminhada docente, sempre com competência, educação e zelo. Também à professora Dra. Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, que auxiliou com importantes apontamentos no decorrer deste trabalho.

Estendo lembranças a todos os professores do programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – PR, por terem agregado ao conhecimento para a produção, estendendo a todos os meus amigos, de longa e menor data, que me impulsionaram na prática dos estudos ao acreditarem em meu trabalho, inclusive aos que fiz neste respeitável programa de mestrado, que além do companheirismo, agregaram, cada um à sua maneira, em seminários apresentados ou em informações trocadas nas aulas que tivemos em conjunto, como meu “irmão” de orientação André Pedroso Kasemirski.

Especialmente, agradeço as minhas duas companheiras, Capitu e Mafalda, que estiveram ao meu lado durante muitas horas de escritas, sempre pedindo um pouco de atenção, com suas bolinhas na boca, impulsionando este pesquisador com seus olhares de ternura e graça que lhes são inerentes.

A todos, muito obrigado.

ALICEDA, Rodolfo Ignácio. **A Responsabilidade Civil do Google Ads e o Poder das Redes: Links Patrocinados e Danos às Marcas e à Concorrência.** 2021. 208 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2021.

## RESUMO

Com a capacidade que os serviços de links patrocinados possuem para agenciar confiança ao *e-commerce* e fomentar negociação online, convergindo pesquisa na web com apresentação de anúncios vinculados à expressão digitada, pode haver danos à concorrência e marcas quando um anunciante utiliza de palavras, expressões, frases, imagens ou vídeos que estejam vinculados a sinais, nomes ou boa fama de terceiros, podendo configurar danos patrimoniais ou extrapatrimoniais ao concorrente ou ao detentor da marca, prejudicando a fidúcia mercadológica, necessitando reconhecimento das participações e natureza do provedor deste serviço para que se impute o tipo de responsabilidade que provenha justa. Neste contexto, o objetivo principal é compreender qual o tipo de responsabilidade civil imputar-se-á ao provedor de serviço de publicidade, especificamente da empresa Google, por danos às marcas e à concorrência oriundos do conteúdo dos reclames anunciados em seus domínios. Secundariamente, objetiva-se entender o poder social/econômico dos serviços de publicidade online, para que estabeleça tipo justo de obrigação de ressarcir. Utilizou-se a forma dissertativa e método dedutivo, por meio da fonte bibliográfica, analisando conceitos gerais de cada tema para aplicá-los em específico, reconhecendo o poder lateral de produção que as ferramentas de publicidade promovem, favorecendo o cooperativismo e horizontalidade, em que as partes se auxiliam para baratear a produção e disseminar os frutos digitais, compreendendo um poder produtivo além dos meios tradicionais, em que dados e informação são o interesse da sociedade, culminando no reconhecimento da liberdade de expressão como fundamento, princípio e garantia nas leis que versam sobre ciberespaço. A responsabilidade civil, com seu papel de promover a pacificação social através da norma, deve ser imputada aos provedores de aplicação com tipos que reconheçam a sua importância e participação na relação em que está inserido. Focando na relação entre provedor, usuário/anunciante e concorrente, analisou-se a aplicação dos tipos de responsabilidade do CDC, Marco Civil da Internet e LGPD, compreendendo que, no Google Ads, o dano civil à concorrência existirá na lesão ao interesse jurídico de proteção as justas expectativas de competição em cada segmento e que é prejudicado através da publicidade que desvie clientela, cause confusão ou aproveite-se do bom nome de outrem. Também é possível a diluição de marcas, configurado pela lesão ao direito subjetivo no uso do sinal distintivo ou lesão ao interesse jurídico adjunto ao sinal. Conclui-se que a responsabilização do Google é subjetiva, medindo-se a culpa no *standard* de cumprir a ordem judicial, conforme artigo 19 da Lei nº 12.965/14, pois não cabe a ele editar ou controlar o anúncio, tendo posição passiva, sendo coerente com seu papel social/econômico de provedor de conteúdo, que não é atividade de risco. Não se aplica o CDC ao caso, pois só incidirá quando houver fatos/vícios sobre o que é ofertado e controlado diretamente pelo provedor. Quando o Google Ads controlar dados pessoais, a LGPD impõe responsabilidade ativa, com criação de arquiteturas e comportamento protetivo/efetivo.

**Palavras-chave:** links patrocinados; Google Ads; provedor de aplicação; responsabilidade; internet.

ALICEDA, Rodolfo Ignácio. **Google Ads Liability And The Power Of Networks: Sponsored Links and Damage to Brands and Competition.** 2021. 208 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2021.

## ABSTRACT

With the ability that sponsored link services have to build trust in e-commerce and foster online trading, converging web search with the presentation of ads linked to the typed expression, there can be damage to competition and brands when an advertiser uses words, expressions, phrases, images or videos that are linked to signs, names or good reputation of third parties, which may constitute property or off-balance sheet damage to the competitor or the owner of the brand, harming the market fiduciary, requiring recognition of the participation and nature of the provider of this service so that the type of responsibility that provides justice is imputed. In this context, the main objective is to understand what type of civil liability will be imputed to the advertising service provider, specifically the Google company, for damages to brands and competition arising from the content of the advertisements advertised in their domains. Secondly, the objective is to understand the social/economic power of online advertising services, in order to establish a fair type of obligation to indemnify. The dissertation and deductive method were used, through the bibliographic source, analyzing general concepts of each theme to apply them specifically, recognizing the lateral power of production that advertising tools promote, favoring cooperativism and horizontality, in which the parties help each other to cheapen production and disseminate digital fruits, comprising a productive power beyond traditional means, in which data and information are the interest of society, culminating in the recognition of freedom of expression as a foundation, principle and guarantee in the laws that are about cyberspace. Civil liability, with its role of promoting social pacification through the norm, must be imputed to application providers with types that recognize its importance and participation in the relationship in which it is inserted. Focusing on the relationship between provider, user/advertiser and competitor, the application of the types of liability of the CDC, Marco Civil da Internet and LGPD was analyzed, understanding that, in Google Ads, civil damage to competition will exist in the damage to the legal interest of protect the fair expectations of competition in each segment and that is harmed through advertising that diverts customers, causes confusion or takes advantage of the good name of others. It is also possible to dilute brands, configured by damage to the subjective right in the use of the distinctive sign or damage to the legal interest attached to the sign. It is concluded that Google's liability is subjective, measuring the fault in the standard of complying with the court order, according to article 19 of Law No. 12.965/14, as it is not up to it to edit or control the ad, having a passive position, being consistent with its social/economic role of content provider, which is not a risky activity. The CDC does not apply to the case, as it will only apply when there are facts/addictions about what is offered and controlled directly by the provider. When Google Ads controls personal data, LGPD imposes active responsibility, creating architectures and protective/effective behavior.

**Key-words:** sponsored links; Google Ads; application provider; Responsibility; internet.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 INTERNET</b> .....	13
1.1 INTERNET: CRIAÇÃO, EVOLUÇÃO E ASPECTOS HISTÓRICOS .....	15
1.1.1 Internet No Brasil .....	22
1.2 INTERNET E SOCIEDADE .....	25
1.3 INTERNET E ECONOMIA .....	31
1.3.1 O Contexto Governamental Diante Da Economia Proporcionada Pela Internet .....	36
1.4 INTERNET E REGULAMENTAÇÃO .....	40
1.5 PROVEDORES DE INTERNET .....	47
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL E A INTERNET</b> .....	52
2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET .....	53
2.1.1 Liberdade De Expressão Prevista Na Lei nº 12.965/14 .....	59
2.1.2 Liberdade De Expressão Na Lei nº 13.709/18 .....	62
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL .....	66
2.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA .....	77
2.4 RESPONSABILIDADE OBJETIVA: LEGAL E PELO RISCO .....	85
2.5 DANOS NA INTERNET .....	91
2.5.1 Danos .....	92
2.5.2 Elementos Técnicos E Os Danos Na Internet .....	101
2.6 RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR .....	105
2.7 RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES PELO MARCO CIVIL DA INTERNET .....	109
2.8 RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES PELA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS .....	117
2.9 RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES NO PROJETO DE LEI Nº 2.630/2020 - “LEI DAS FAKE NEWS” .....	120
<b>3 O SERVIÇO DE PUBLICIDADE GOOGLE ADS</b> .....	123
3.1 LINKS PATROCINADOS .....	126

3.2	O GOOGLE ADS E A DOMINÂNCIA NO MERCADO .....	135
3.3	FUNCIONAMENTO DO GOOGLE ADS .....	139
3.3.1	Aspectos Do Comportamento Humano No Funcionamento Do Google Ads .....	145
3.4	CONCORRÊNCIA DESLEAL NO USO DO GOOGLE ADS .....	153
3.4.1	Desvio De Clientela, Confusão E Concorrência Parasitária No Uso Do Google Ads.....	158
3.4.2	Uso Ilegal De Marcas No Google Ads .....	169
3.5	A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GOOGLE ADS .....	176
3.5.1	Decisão do Tribunal de Justiça Europeu .....	187
3.6	INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET? .....	189
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	201
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	212

## INTRODUÇÃO

O comércio eletrônico é uma realidade consolidada na sociedade e economia informatizada, sendo motivo de diversos questionamentos jurídicos diante da técnica virtual que o permeia, estando, dentre estes, os questionamentos sobre os tipos de responsabilidade civil que se aplicam aos provedores de internet, em especial aos que auxiliam na concretização de negócios jurídicos através da publicidade.

Com a massificação do uso da rede mundial de computadores foi possível aos indivíduos terem acesso a variados serviços e produtos que são ofertados nas mais diversificadas localidades do globo, de forma digital ou mesmo física, fomentando que as empresas atuem também, ou somente, no meio virtual. Diante desta realidade, ser conhecido e encontrado pela clientela/internautas na imensidão que forma o ciberespaço torna-se uma necessidade cada vez mais urgente, o que culmina por provocar o surgimento de ferramentas de publicidade, no intento de facilitar o encontro entre pessoas e instituições na rede.

Por formar um espaço democrático de divulgação e troca de conteúdo, a internet é local para o exercício de liberdade de expressão, tornando-se um meio de comunicação eficaz para a exposição de marcas, possuindo resultados satisfatórios para aquele que objetiva convergir pesquisas em vendas, causando desejo e consolidação na aquisição de produtos e serviços, pois é este o papel da publicidade.

Para tal finalidade, os provedores de aplicação de internet oferecem serviços de links patrocinados, que são anúncios de publicidade direcionada em que as empresas pagam para serem alçadas a posição de destaque nos buscadores ou outros domínios parceiros do provedor, como uma espécie de “anúncio de jornal virtual”, diferenciando-se dos meios tradicionais por ser direto, interativo e estar inserido na realidade da convergência de mídias e digitalização das coisas. Quando os internautas navegam pelos buscadores e escrevem palavras, frases ou expressões, surgem anúncios destacados em links com posição de privilégio, na expectativa de prover convergência entre o termo pesquisado com a resposta apresentada. Caso o indivíduo confie ser o aviso destacado o coincidente com a expectativa criada pela sua pesquisa, com um único clique é possível adentrar ao estabelecimento virtual do anunciante.

Os links destacados são de empresas que pagam ao provedor para receber está “prioridade” no resultado das buscas, no intento de criarem sentimento de confiança de que a pesquisa efetivada tem associação com o resultado anunciado, agenciando à vontade para que o internauta adentre ao domínio ou página, onde a substância de produtos e serviços estará disposto para negociação.

O serviço mais conhecido do gênero é o da empresa Google, denominado de Google Ads. Ele é importante para o estudo do gênero dos links patrocinados pelo domínio de mercado que conquistou, tendo em vista que possui o buscador mais utilizado no planeta, com parcerias efetivadas com várias outras empresas, além de ter uma estrutura e modo de funcionamento eficaz e que é parâmetro para outros do gênero.

Em que pese a facilidade desta ferramenta, alguns problemas estão surgindo com o mau uso, o que culmina em causar danos aos participantes desta relação. Destacam-se hipóteses de emprego de palavras ou frases que sejam idênticas ou similares à marca de terceiros no uso de palavras-chave, no desígnio de aproveitar-se do bom nome de outrem, causando confusão para quem pesquisa ou desviando a clientela do detentor do sinal característico. Também há hipóteses de uso de imagens, brasões ou símbolos que possuem ligação direta com sinais famosos e estabelecimentos de terceiros, formando confusão, desvio de clientela e até diluindo a capacidade distintiva da marca.

Diante da situação, há o questionamento sobre qual o tipo de responsabilidade civil pode ser aplicado ao Google Ads nesta situação, tratando-se de uma séria questão para que se tenha uma resposta ao conflito social que abarca interesses e direitos de cunho privado e econômico, notadamente das empresas que anunciam e das que sofreram danos, juntamente com o interesse social inerente à situação, posto a necessidade de preservação da concorrência leal no mercado e do intento de que seja preservado a liberdade de expressão e disponibilização de conteúdo na internet.

Ante todo o contexto apresentado, o trabalho tem por objetivo principal compreender qual o tipo de responsabilidade civil aplica-se ao Google Ads em caso de danos às marcas e à concorrência ocasionadas por conteúdo gerado pelos anunciantes. O objetivo secundário é entender o poder das redes para a sociedade atual e para a economia, em que a informação e os dados são um “produto de valor agregado”, fomentando uma coletividade que valoriza o conhecimento, agregando mais dados e informações quando cada um participa da rede, designando uma força

econômica lateral que funciona de maneira cooperativa, horizontal, com participação ativa de cada integrante da relação, promovendo a estrutura digital de bens e serviços.

No capítulo primeiro é analisado a natureza da internet, sua criação, evolução e aspectos históricos, juntamente com as mudanças sociais e econômicas que fomentou, as etapas e teorias de regulação e os sujeitos que a integram. A importância do capítulo está na compreensão dos aspectos do local de funcionamento do Ads e da acuidade que as ferramentas digitais possuem para a sociedade/economia atual, aperfeiçoando um poder além dos meios tradicionais de produção.

O capítulo segundo versa sobre a liberdade de expressão como fundamento, princípio e garantia das leis que normatizam situações de internet, juntamente com a análise geral da responsabilidade civil e seus tipos objetivo e subjetivo, além dos danos na web. Após, são analisados os tipos de responsabilidade previsto aos provedores de aplicação pelo Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90, Marco Civil da Internet - Lei nº 12.965/14 e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - Lei nº 13.709/18.

Em sequência, o terceiro capítulo utiliza do resultado auferido nos dois primeiros, adicionando a análise própria do funcionamento do Google Ads, sua estrutura e fatores emocionais que estão presentes na tomada de decisão dos humanos e que explica o uso da ferramenta no intento de prejudicar a concorrência leal e danificar marcas.

Utilizou-se a forma dissertativa e o método de pesquisa dedutivo, por meio da fonte bibliográfica, aplicando a técnica histórica, conceitual e normativa, a depender do ponto sob análise. Ainda, utilizou da técnica conceitual e de observação quanto ao ponto de funcionamento e estrutura do Ads, em que o pesquisador empregou uso da ferramenta para saber de suas funcionalidades e possibilidades, para, de maneira lógica, chegar ao resultado, sendo importante ao estudo da Responsabilidade Civil, Direito Negocial, Direito Digital e Direito Empresarial.

## 1 INTERNET

A internet é uma palavra muito utilizada na contemporaneidade, sendo um elemento presente nas mais variadas atividades exercidas pelos indivíduos no cotidiano, destacando a comunicação, o relacionamento, a educação, o entretenimento, o trabalho e, especialmente, nas atividades comerciais, sem esvair-se nessas possibilidades.

Muito embora seja uma palavra conhecida e utilizada diariamente, há certa diferenciação de seu conceito pela doutrina, governo e legislação, variando sobre explicações que abordam sua natureza, até as que acoplam a estrutura, a inserção social, os meios e tecnologias que são empregados para sua existência.

Inicialmente, destacam-se as explicações trazidas por Ricardo Luiz Lorenzetti (2004, p. 24-26), de ser uma rede internacional de computadores que facilita a comunicação e permite que milhões de pessoas tenham informações. Tem como característica ser um local aberto e interativo, no qual todos podem acessar e participar. Não possui nacionalidade, havendo múltiplos operadores sem uma autoridade central, tendo sua ordem no “caos”. Ela forma um local diverso do mundo físico, com regras próprias, tempo e sujeito incerto.

É um meio de comunicação de escala global, com lógica, linguagem e limites ainda não estabelecidos e que teve a força de modificar o arcabouço da economia e da sociedade, auxiliando o surgimento de redes, entendidas como interconexões entre instituições, sujeitos e coisas. Manuel Castells (2003, p. 6-8) infere que do mesmo modo que a energia elétrica teve sua importância e papel para a economia industrial, a internet é a energia que movimenta a atual sociedade, pois é ela quem distribui a força da informação, que é de grande importância para o grupo social. Além disso, foi fonte de uma “evolução tecnológica” erigida em um período de estruturação do capitalismo, configurando a atual coletividade em capitalista informacional (CASTELLS, 2020, p.70-71).

O objeto tem a natureza de um meio de comunicação com alcance além das fronteiras locais de quem a utiliza, formando ligação entre instituições e indivíduos, e o modo de seu funcionamento é importante para entender a diferença dela para com outros meios de comunicação, como é notado na descrição de ser um local aberto, interativo e democrático. Não bastasse, há menção sobre a forma de estrutura social que foi implementada com sua invenção, denotando que se trata de uma tecnologia

que é utilizada pela sociedade como forma de expor seus próprios valores, conforme se depreende da afirmação de ser uma “energia que movimenta a atual sociedade informatizada”, ou seja: trata-se de uma tecnologia utilizada para prover informação, que é a finalidade coletiva.

Outros preferem resumir como um meio de comunicação, como se depreende da afirmação de Marcel Leonardi (2019, p. 9) ao definir que “[...] É um meio de comunicação que possibilita o intercâmbio de informações de toda natureza, em escala global, com um nível de interatividade jamais visto anteriormente”. Lilian Minardi Paesani (2013, p.10) e Demócrito Ramos Reinaldo Filho (2005, p. 13) comungam do entendimento.

Além da finalidade comunicacional, pode-se conceituar pela tecnologia que lhe é empregada, constituída em protocolos sem fronteiras físicas, onde os dados compartilhados estão em um caos sem hierarquia, sem uma autoridade central que decide para qual ponto eles devem ser enviados. Estes protocolos são o conjunto de especificações que permitem a ligação entre os computadores, possuindo a sigla TCP/IP (Transmission Control Protocol/ Internet Protocol) (MARTINS, 2016, p. 24-25).

A Federal Network Council - comitê americano de computação, informação e comunicação - descreve que a ligação que possibilita que cada usuário tenha um endereço único é o TCP/IP, sendo a internet uma infraestrutura de comunicação de dados (MARÇULA, 2019, p. 310-311). Por assim ser, há a possibilidade de que os dados sejam transmitidos através de mídias, sons e imagens, promovidos por aparelhos atrelados ao seu uso, como modems e programas de computadores que consentem ao protocolo TCP/IP ter uma linguagem própria, formada por *bytes*, composto por *bits* (TEIXEIRA, 2018, p. 29-30).

O Governo brasileiro, por intermédio da Agência Nacional de Telecomunicação (ANATEL), estabelece na Norma 004/95<sup>1</sup> o uso da rede pública de telecomunicações para acesso à internet. É estabelecido no capítulo 3, alínea a), o conceito de que o objeto é “nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o ‘software’ e os dados contidos nestes computadores”. Verifica-se que a normativa inclui os aparelhos, tecnologias e softwares para concretizar o próprio significado da internet.

---

<sup>1</sup> Aprovado pela Portaria nº 148/95 do Ministério das Comunicações.

O conceito legal está na Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 - Marco Civil da Internet-, no artigo 5º, inciso I, como um “sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”. A mesma legislação explica o conceito legal de IP, no artigo 5º, inciso III, ao expressar que é “o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais”.

Portanto, em todos os entendimentos há a citação da internet ser um meio de comunicação que interliga instituições e sujeitos por intermédio de protocolos que transmitem dados. O núcleo do significado está na interligação de redes, formando uma grande rede mundial de comunicação, sem limites de geografia, aberto e democrático, com interação entre os participantes que trocam dados em seu uso. Como destaca Lawrence Lessing (2001, p. 26): a internet é a rede das redes.

Todavia, aparta-se que o seu significado não é simples, pois seu uso foi expandido conforme a necessidade e anseios sociais, com auxílio das tecnologias, dos computadores e da própria comunidade do “ciberespaço”, que foi agregando valores e finalidades novas, culminando em torná-la um elemento dinâmico e de alta importância para o corpo social, influenciando, conseqüentemente, em seu conceito, que é mutável em razão da posição do sujeito que a apresenta (ABBATE, 1999, p. 1-6). Por assim ser, é inegável a importância deste meio para a sociedade e para a economia, o que torna necessário entender sobre ela para que se tenha um norte de seus efeitos e técnicas.

A sociedade, a economia e os comportamentos foram todos modificados de maneira profunda com os efeitos que a internet irradiou, sendo estes os pontos que serão analisados nos próximos tópicos, com a finalidade de demonstrar como ocorreu a criação da rede mundial de computadores, sua evolução histórica e algumas das conseqüências de sua aplicação no âmbito sociológico e mercadológico, juntamente com as fases de regulamentação e entendimento sobre seus provedores, os quais dão suporte para o funcionamento.

### **1.1 Internet: criação, evolução e aspectos históricos**

Com o fim da Segunda Guerra Mundial o mundo foi dividido em dois polos. De um lado o polo liderado pelos Estados Unidos, com sua política de livre mercado e

ascensão do capitalismo, enquanto do outro havia a liderança da União Soviética, com sua política social totalitária.

Esta divisão iniciou a Guerra Fria em 1947 e findou com a queda do Muro de Berlin em 1989, configurando-se em “um período de paz construído através do medo”, em uma relação entre “beligerância e não beligerância”, entre haver guerra e não haver guerra, em que superpotências conviviam em conferências e, ao mesmo tempo, mantinham comportamentos totalmente opostos e provocativos.

Havia vulnerabilidade mútua, pois ambos os lados sabiam que poderiam dizimar não só o oponente, mas todo o mundo, posto o arsenal bélico que foi produzido e que eram de posse de ambos. As tecnologias criadas na competição por um lugar de privilégio foram importantes para definir o futuro destas sociedades e do planeta, diante da proporção de influência de cada polo. A internet, fruto deste conflito, viria a galgar um lugar de suma importância para a comunicação e influenciaria em aspectos sociais e econômicos.

Em análise histórico política, pode-se mencionar como importante ao tema o Plano Marshal, implantado no ano de 1947, que se configurou como ajuda econômica americana a países afetados pelo pós-guerra, sendo um dos responsáveis por estremecer a relação entre as duas potências. Enquanto o plano americano ajudava no desenvolvimento dos países do ocidente europeu, o lado leste encontrou maior dificuldade econômica, diante do bloqueio realizado pela União Soviética ao avanço financeiro e cultural dos americanos.

Já no início dos conflitos, os Estados Unidos voltaram-se para aumentar sua segurança interna, focando na informação. Além do Plano Marshal, de cunho econômico, aprovaram no ano de 1947 uma lei de segurança nacional que instituiu a Agência de Segurança Nacional e a Agência Central de Inteligência, com foco na proteção de seu país (DIAS, 2010, p. 152-155).

A instituição das agências de segurança e inteligência tornou auspicioso o desenvolvimento de um novo meio de comunicação, pois é a partir da abertura delas que há investimento para tal finalidade. Conseguir trocar dados e informação é um ponto chave em qualquer conflito, para que se tenha vantagens sobre o oponente. Sabendo desta possibilidade, o governo americano empreendeu esforços para ter uma comunicação que fosse eficaz em tempos de guerra.

A Guerra Fria passou por quatro fases. A fase de Contenção (1ª fase) que foi de 1947 a 1953. A fase de Coexistência Pacífica (2ª fase) entre 1953-1962. A fase da

Distensão (3ª fase) de 1962 a 1979 e a fase do Recrudescimento do Enfrentamento (4ª fase) entre 1979-1989. A internet é criada no contexto da 3ª fase (fase da Distensão), que teve início após a crise dos mísseis em Cuba, local onde as duas potências, em alto grau de atrito, deixaram o mundo amedrontado com um possível enfrentamento militar direto e, até mesmo, com uso de armas nucleares. A crise é garantida com a tomada do poder em Cuba por Fidel Castro e seu alinhamento político com a União Soviética, perdurando de 1959 até 29 de outubro de 1962, quando, por meio de medidas diplomáticas, ambas as potências decidiram ceder e iniciar uma nova fase de distensão política (DIAS, 2010, p. 158-166).

Ressalta-se que os Estados Unidos se sentiram pressionados por uma possível defasagem comunicacional, principalmente quando a URSS enviou o satélite Sputnik ao espaço, em 1957. O episódio do avião U-2, que foi derrubado pela União Soviética em 1960 e a construção do Muro de Berlim em 1961 também foram fundamentais para que o conflito alcançasse o ápice com a crise dos mísseis, demonstrando a nítida divisão estabelecida (ABBATE, 1999, p. 8-10).

O Departamento de Defesa dos Estados Unidos, em meio a tensão e na busca de estar à frente de seu oponente, fundou no ano de 1958 a *Advanced Research Projects Agency* (ARPA). É este departamento que no ano de 1962 criou a ARPANET, constituindo-se como um programa voltado para integração entre os centros de computadores, com a finalidade de compartilhamento de resultados de pesquisa dos agentes americanos (CASTELLS, 2003, p. 15).

O medo de que uma bomba atômica fosse utilizada e se tornasse inviável o uso das comunicações era latente por parte do governo americano, o que fez o pesquisador Paul Baran explorar um tipo de comunicação mais segura, que pudesse suportar um ataque nuclear. Seu enfoque era entender como funcionava o sistema de comunicação telefônica, que era estruturado pela empresa AT&T, que lhe garantiu serem seguros os sistemas existentes, e que suportariam um conflito entre as grandes potências (LESSING, 2001, p. 26-34).

As comunicações telefônicas tinham, naquele período, a mesma importância que a computacional possui atualmente. De tal modo, protegê-la era uma estratégia de suma importância numa realidade onde um conflito direto poderia ocorrer a qualquer tempo, fazendo com que o pesquisador não acreditasse na total segurança do sistema vigente. Naquele cenário, a empresa AT&T foi o provedor de telecomunicação que dominou o mercado, monopolizando diversos setores e

estruturas de comunicação. Porém, ao analisar efetivamente a segurança, concluiu o pesquisador que não ela não seria suficiente em caso de eventuais ataques nucleares, pois se tratava de um sistema concentrado, que funcionava centralizado. Para dar uma resposta mais sólida, Paul Baran criou um modelo descentralizado, que não era a internet, mas que iria servir como parâmetro, apresentando seus fundamentos, quais sejam: estrutura de rede descentralizada, poder computacional distribuído em nós de redes e redundância das funções para diminuir o risco de desconexão. A ARPANET utilizou deste modelo e, financiado pela Rand Corporation, buscou criar um sistema militar capaz de sobreviver ao ataque nuclear. Para tanto, ligaram os primeiros nós na rede com a Universidade da Califórnia, (Stanford Research Institute), a Universidade da Califórnia em Santa Barbara e a Universidade de Utah (CASTELLS, 2003, p. 15-23).

Importante destacar que mesmo sendo agências militares as responsáveis pela implementação, foram universidades as primeiras instituições ligadas pela rede de comutação por pacote, para troca livre de conhecimento. Este aspecto libertário é que iria pautar a forma de funcionamento de suas futuras evoluções e que é importante para compreensão da inserção social da internet, de ser um espaço livre para troca de informação e dados, na busca do conhecimento.

Na realidade, não só Paul Baran estudou a comutação por pacotes, mas também Donald Davies, um inglês que iniciou seus trabalhos após Baran e foi o responsável em transmitir o conhecimento à ARPANET, enquanto integrante da Rand Corporation (ABBATE, 1999, p. 8).

Quando se refere a comutação por pacote, faz-se referência ao ideal de que se o indivíduo digitaliza uma conversa em *bits* ao invés de ondas, como era então utilizada pela linha telefônica, haveria a divisão do fluxo em pacotes que fluem de maneira independente, formando redes que criam a impressão de comunicação em tempo real (LESSING, 2001, p. 31). Diferente da conexão centralizada, onde a comutação é hierarquizada e as ligações vão primeiro a um “escritório” e depois são repassadas para o local de destino, no sistema proposto haveria centenas de comutações que seriam conectados a outros nós, utilizando de até oito linhas (ABBATE, 1999, p. 11).

Nota-se que a forma descentralizada de funcionamento, pensado em uma troca de dados sem um agente central, é o que modificou toda a estrutura comunicacional que existia antes da Guerra Fria. É a forma de permuta de dados sem uma instituição

recebendo-os para, daí, os repassar, proporcionando um meio de comunicação mais seguro aos usuários, sendo eficiente a ponto de influenciar outras áreas além da comunicação, como a economia, que também começa a funcionar de maneira “mais horizontal”, quando foi possível o uso da internet por meios privados.

Além da teoria de Paul Baran, é possível inferir a inspiração da internet ao resultado da combinação de microtecnologia, com a chegada do chip e sua capacidade de transmissão, a criação e ascensão do computador e a possibilidade de telecomunicação digital, que permitiram o empacotamento de dados em mensagens, sons e imagens (CASTELLS, 2020, p. 100-101). Aliás, rememora-se o conceito de internet que foi apresentado no início do capítulo, que abarca não apenas ela ser um meio de comunicação, mas a própria sustentação de sua estrutura pelos computadores, modems, protocolos e os softwares que a amparam, posto que é fruto da criação conjunta e não um objeto sozinho.

Após a criação dos primeiros nós, houve um aumento de interesse pela comunidade acadêmica e militar, que foi evoluindo e incluindo novas ligações. Nesta sequência, a partir de 1973 a ARPANET passou a juntar-se com outras, inclusive em outros países. Isto foi possível graças ao protocolo criado para que todas as redes “falassem a mesma língua” (LEONARDI, 2005, p. 2-4). O protocolo padronizado foi apresentado em um seminário em Stanford, já com um projeto de transmissão (TCP). Anos após, ele foi dividido em dois, surgindo o protocolo intra-rede que gerou o TCP/IP, tornando-se o padrão utilizado até os dias atuais. O TCP é o protocolo servidor-a-servidor, enquanto o IP é o protocolo intra-rede. Ele tornou-se maleável e permitiu que fosse aplicado em vários tipos de ligações, adaptando-se a vários sistemas de informação e a diversos códigos, prevalecendo perante o protocolo europeu denominado de x.25, que foi, por algum tempo, escolhido como um padrão internacional (CASTELLS, 2020, p. 103).

Pierre Lévy (2010, p. 31-32) destaca que nos anos 70 a comercialização do microprocessador, na maioria das vezes materializado em chips, iniciou uma fase de automação robótica e computacional, aumentando o interesse nos ganhos em produtividade no uso de eletrônicos e nas redes de comunicação. Ressalta que a computação ainda estava ligada a máquinas com finalidade de cálculos e estatísticas. Porém, na década de 80, por influência da contracultura existente na Califórnia, os computadores foram tomados para finalidades mais pessoais, com a criação do

*Personal Computer* (PC), vetorizando, de maneira paulatina, sua função como instrumento de criação, organização, simulação e jogos.

Há um mutualismo neste ponto histórico. As máquinas que proporcionaram a existência da internet também evoluem pela criação dela. As redes foram influentes para que os computadores focassem na criação multimídia e digitalização “de coisas”, como músicas e mensagens, aspecto que, atualmente, são importantes para o comércio eletrônico atual, diante da possibilidade de venda de produtos e serviços que são ofertados e utilizados de maneira virtual e que se iniciou graças ao crescimento conjunto da computação e da internet. O mutualismo foi benéfico para todos.

Ainda na década de oitenta houve o fim do uso da ARPANET pelos militares, que criaram a MILNET, mantendo-se a ARPANET para troca de informações científicas e conversas pessoais (CASTELLS, 2020, p. 101). Naquele período o sistema criado foi utilizado para fins civis, com universidades propagando conhecimento acadêmico-científico, e teria sido este ambiente menos controlado que “possibilitou o desenvolvimento da internet nos moldes os quais a conhecemos atualmente” (PINHEIRO, 2016, p. 62), pois, com uma rede só para acadêmicos, o espaço ficou livre para que toda e qualquer informação pudesse circular, sem que militares e o governo tivesse interesse nos dados que estavam sendo trocados.

Afora a divisão de uma rede própria para os militares, a década de 80 contou com o surgimento da CSNET e a BITNET, que eram outras utilizadas por acadêmicos não científicos. Eles utilizavam a ARPANET como uma espinha dorsal, que passou a ser chamada de ARPA-Internet e, posteriormente, só de Internet, enquanto ainda era operada pelo *National Science Foundation*, com o Departamento de Defesa Norte-Americano sustentando o funcionamento (CASTELLS, 2020, p. 101). No início dos anos 90 a ARPANET foi retirada de circulação pois estava obsoleta. Junto a isso, os computadores já possuíam o protocolo TCP/IP integrado, permitindo um aumento de provedores de serviço de internet. Este fato provocou o uso para fins comerciais, culminando na interligação entre os computadores e na criação de uma rede mundial:

No início da década de 1990 muitos provedores de serviços da Internet montaram suas próprias redes e estabeleceram suas próprias portas de comunicação em bases comerciais. A partir de então, a Internet cresceu rapidamente como uma rede global de redes de computadores. O que tornou isso possível foi o projeto original da Arpanet, baseado numa arquitetura em múltiplas camadas, descentralizada, e protocolos de comunicação abertos. Nessas condições a Net pôde se expandir pela adição de novos nós e a

reconfiguração infinita da rede para acomodar necessidades de comunicação (CASTELLS, 2003, p. 17).

Com todos os aspectos históricos apresentados, é possível inferir que a criação e evolução da rede mundial de computadores só foi possível pelo interesse na troca de conhecimento que a sociedade aplicou à tecnologia, mesmo em um ambiente militar que “em tese” seria mais “cerceado” à livre disponibilização de informações, pois os cientistas criadores tinham interesse na livre troca de conteúdo e, atrelado ao mutualismo dos computadores e outros aparelhos, facilitou-se a abertura para uso pessoal, culminando com a aplicação para finalidade comercial.

Para que se pudesse utilizar para determinado fim, além das máquinas, destaca-se o desenvolvimento de programas e softwares que facilitaram a troca de dados mais complexa, como o *World Wide Web* – “www” (LEONARDI, 2005, p. 3). Foi este programa, desenvolvido em 1990 por Tim Berners Lee, que continuou uma tradição de projetos e técnicas para que se associasse fontes de informação através de computação interativa, possibilitando o repasse dos conteúdos de computador para computador mediante um navegador editor de hipertexto. O primeiro navegador foi lançado em 1995, após várias tentativas de melhorar o “www”, sendo denominado de *Netscape Navigator*, em que já era possível o compartilhamento de mídias, lançado de maneira gratuita para fins educacionais e no custo de 39 dólares para finalidade comercial. Em 1995 a Microsoft também promove o seu navegador, o Internet Explorer, e a comercialização com o uso privado inicia-se de maneira prática (CASTELLS, 2003, p. 20-22).<sup>2</sup>

A figura do computador também deve ser analisada, pois é de suma importância para compreender o surgimento e evolução da rede, tornando-se partícipe do espaço da comunicação transparente e democrática, integrando o próprio significado de internet. Pierre Lévy (2010, p. 43-44) ressalta que “[...] um computador é uma montagem particular de unidades de processamento, de transmissão, de memória e de interfaces para entrada e saída da informação”. Ele está presente em

---

<sup>2</sup> Não é abordado neste ponto da pesquisa, mas é importante referir que para o surgimento da internet vários outros estudos e tecnologias convergiram para a finalidade. A título de rápida enumeração, destaca-se o sistema UNIX, que possibilitou o acesso de um computador a outro. A criação do modem, que auxiliou na criação de redes regionais. O correio eletrônico, que fomentou o aumento da potência dos computadores, a cultura colaborativa e libertária que as redes científicas causaram e a criação e evolução dos microchips (CASTELLS, 2020, p. 103-107).

qualquer lugar que a informação possa ser digitalizada e transmitida pela rede de comunicação.

O primeiro foi criado durante a Segunda Guerra Mundial, denominado de ENIAC, possuindo tamanho e proporção totalmente diverso dos computadores pessoais de agora. Os aparelhos que foram surgindo após o ENIAC também eram de grandes proporções e foi o microprocessador, no ano de 1971, que permitiu uma revolução na estrutura e possibilidade de processamento. Após rápido período de sua implementação já havia empresas vendendo microcomputadores, como a Apple II. A empresa IBM, no ano de 1981, para não ficar atrasada no mercado, inseriu sua versão que denominou de computador pessoal - *Personal Computer*, o que fez a sigla PC ser utilizada como nome genérico para a máquina até os dias atuais. Os microchips também foram importantes, pois, após sua invenção houve um aumento na capacidade de processamento, e em 1990 os computadores de um só chip tinham aptidão cinco vezes maior do que seus antecessores (CASTELLS, 2020, p. 97-100).

O que se percebe da evolução do computador e microchip, atrelada à história da internet, é que não foi apenas a tecnologia que foi se modificando, mas sua interação com a sociedade e seus fatores de organização, e com isso o computador acaba por integrar a própria internet, tornando-se “ [...] um nó, um terminal, um componente de rede universal calculante”, chegando a formar o ciberespaço em si, diante da junção de todos os nós existentes na rede e que são acessados por seus elementos (LÉVY, 2010, p. 44).

Percebe-se que a história da internet e sua evolução culminam na formação de um aspecto libertário em seu uso, fundado na troca de informações e conhecimentos já pelos primeiros cientistas, que, com a ajuda da tecnologia computacional e outras, além da própria comunidade do ciberespaço que ativou suas expectativas no uso da tecnologia, promoveu a estrutura para a abertura comercial e manteve a liberdade como fundamento, servindo de apoio para a estruturação de uma sociedade que tem a troca de dados e informação como elemento e característica.

### **1.1.1 Internet no Brasil**

O desenvolvimento da internet no Brasil foi realizado pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP), por iniciativa do Ministério da Ciência e Tecnologia e outras fundações, proporcionando uma infraestrutura de serviço com alcance nacional.

O objetivo foi implementar a rede no âmbito acadêmico e disseminar seu uso no território nacional. Efetivamente, é no ano de 1992 que ela chegou ao país e coube à RNP excitar a consciência sobre sua importância. Em 1995 houve abertura para fins comerciais com a criação do primeiro centro de segurança de redes, sendo que várias empresas prestaram apoio ao órgão nacional. Após inúmeras estruturações, no ano de 2018 a Rede Nacional de Ensino e Pesquisa possibilitou acesso com 100 Gb/s, mediante a “rede Ipê” (rede com tecnologia de comprimento de onda, que opera em gigabytes por segundo), com as primeiras conexões em alta velocidade (RNP, s.d., n.p.).

É da união entre o governo e instituições privadas que este meio de comunicação pôde ser iniciado no país, confirmando a tendência mundial de o Estado consentir à liberdade para seu caráter, deixando a cargo dos atores privados estruturarem o funcionamento, restando ao governo a tarefa de manter-se neutro perante as práticas efetivadas. Há, no entanto, detalhes políticos e econômicos que são importantes para compreensão do início da rede no Brasil, destacando o fato de que o país estava em período de crise econômica e política, necessitando de uma abertura comercial para o mundo, para modernizar sua indústria.

O governo em vigor no ano de 1989 (ano em que a RNP foi criada) era do presidente José Sarney, em um período em que o ideal de liberalização econômica nos países da América Latina era iminente. O Brasil estava reformulando suas regras comerciais, objetivando eliminar controles quantitativos e administrativos de suas importações com a intensificação da abertura econômica brasileira vindoura, na década de 90. Antes, no final da década de 80, a indústria estava atrasada tecnologicamente em comparação com os padrões internacionais, o que se percebia nas máquinas e equipamentos obsoletos utilizados para produção. Com a abertura comercial o país galgou uma profunda reestruturação ante a economia, com tecnologias de microeletrônica, informática e telecomunicações, automação e busca de energias renováveis (LACERDA, 2018, p. 181-183).

Em sequência, o governo do Presidente Fernando Collor de Mello, 1990 a 1992, por meio dos planos econômicos, ensejou um período de recessão no país que culminou no *impeachment* que o tirou do poder. Itamar Franco assumiu a presidência e promoveu uma liberalização mais intensa do mercado nacional. O ideal de privatização foi ganhando contornos ainda com o Presidente Itamar, e no ano de 1995, já no governo de Fernando Henrique Cardoso, em continuidade ao PND - Plano

Nacional de Desenvolvimento-, os setores privatizados foram os de eletricidade, áreas de transporte e telecomunicação (LACERDA, 2018, p. 193).

A privatização de setores considerados importantes ao Estado é peça chave para a compreensão do início do uso da rede mundial no Brasil, pois, com a telecomunicação aberta ao manuseio de empresas privadas, foi possível investimentos estrangeiros e em tecnologia. No mesmo ano de 1995 ocorreu a abertura da rede para fins comerciais, ficando a cargo da iniciativa privada o seu estímulo com o surgimento de provedores privados de serviço de internet. No mesmo caminho, o governo preocupou assegurar a livre iniciativa e concorrência, permitindo que houvesse liberdade de escolha de usuários e provedores (LEONARDI, 2005, p. 3-4).

Este fato coadunou com a política econômica que estava sendo implantada. A opinião era a inserção brasileira no cenário internacional e, para isso, juntamente com a privatização dos setores, a nação deveria estar apta à globalização, abertura do mercado e estabilização, conforme defendiam os governistas à época (LACERDA, 2018, p. 199). O encontro brasileiro com a internet foi em momento oportuno e permitiu ao país, no ano de 1997, apenas dois anos após sua implementação, possuir cerca de 600 provedores de serviços de internet e 7.576 domínios. No final da década de 90 já estava à frente de várias nações, alcançando, no ano de 2000, o 13º lugar em volume de *hosts* no mundo. Também houve diminuição no número de provedores, caindo para 150, comprovando uma oligarquia que se formava, ficando a região sul/sudeste concentrando a maioria destas empresas, com destaque para o Estado de São Paulo, enquanto o número de domínio alcançou o total de 174.163 mil naquele ano (MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA, 2000, p. 137-138).

Os dados apresentados, de período próximo de abertura ao uso comercial da internet em terras brasileiras, coadunam com a da própria história da internet, que, como já apresentado em subtópico anterior, foi aberta ao comércio na década de 90 para uso mercadológico. Da mesma forma que o governo dos Estados Unidos possibilitou a livre disponibilização de conteúdo no espaço virtual, era importante para a sociedade brasileira mantê-la como um lugar de oportunidades, sem censura e preservando a livre iniciativa, o que beneficia o corpo social. Não havia como o país ficar à margem de uma estrutura de comunicação que estava sendo implementada em todo o globo, inclusive, porque a decisão em rede, globalizada, tornou-se

tendência com o sucesso da União Europeia. Blocos econômicos e políticos nasceram em todo o mundo e no ano de 1991 criou-se o MERCOSUL (LUNA, 2016, p. 272).

É possível observar que o bloco é criado exatamente um ano antes da web ascender no Brasil, seguindo a tendência de “continentalização”, que é a ideia atrelada à força cooperativa que a estrutura das comunicações em rede fornece à economia, como entende Jeremy Rifkin (2012, p. 185-187). Não poderia o país ficar de fora da globalização, sob pena de estar fora do sistema econômico, o que causaria grande crise e defasagem.

Percebe-se que a web se inicia no contexto brasileiro sem que o Estado impusesse barreiras, respeitando o ideal de privatização da economia, tornando-a uma área propícia para o uso mercadológico e privado, fomentando a livre iniciativa e a liberdade de expressão.

## **1.2 Internet e Sociedade**

Com a promoção comercial na década de 90, a internet galgou extraordinário espaço como ferramenta de comunicação e divulgação de informação, tornando-se facilitadora da globalização, digitalizando bens e serviços, promovendo a transformação de “coisas” em dados, sendo este o interesse da sociedade capitalista contemporânea. Trata-se de um meio de comunicação que foi criada por um governo que buscava maior segurança na conversação em situação de guerra. Entretanto, sua evolução conjunta com outras tecnologias, atrelado aos anseios coletivos, tornou-a meio para galgar outras finalidades, alcançando a posição de importância para inúmeras situações cotidianas.

Manuel Castells (2020, p. 64-71) entende que a tecnologia não determina uma sociedade, mas é pelas suas ferramentas que o coletivo pode ser representado, sendo a tecnologia fruto dos anseios gerais. Isto significa que o método pode ser entusiasmado por inúmeros fatores que formam a sociedade, servindo para explicar ela própria. Como exemplo, há a sociedade americana da década de 70, que condensou o espírito da iniciativa empreendedora e de inovação individual para conduzir o progresso da comunicação da época. Aliás, as inúmeras sociedades que tiveram contato com as tecnologias de comunicação auxiliaram na sua implementação e rápida evolução, agregando valores e anseios na construção da ferramenta, sendo

a tecnologia o resultado da junção de várias forças, fruto de uma evolução compartilhada.

O papel do Estado, neste aspecto, é importante, por permitir abertura para as implementações e evoluções. Como já referido (subtópico 1.2), a internet é uma tecnologia fruto da vontade do Estado norte-americano em se comunicar de modo seguro em situações de guerra; não fosse isso, talvez a sociedade não tivesse a liberdade na troca de dados como se tem atualmente. O ente público, portanto, desempenhou importante papel para a configuração social, convergindo numa sociedade de comunicação, que foi implementada durante uma reestruturação do capitalismo no âmbito global, auxiliando na propagação de uma sociedade capitalista fundada em tecnologias de informação.

Porém, não apenas da vontade do Estado é que houve a evolução do uso da tecnologia, outros fatos são os anseios coletivos, pois a rede mundial de computadores não foi criada por um governo que obrigou a todos os indivíduos usarem dela. Pelo contrário, a sociedade quis usar a tecnologia, aplicando valores e interesses. Pierre Lévy (2010, p. 125-134) reflete que o uso da técnica, atrelada a diversos desejos sociais conduziu ao resultado atual. Como exemplo, apresenta o argumento da força do automobilismo, que cresceu pelo espírito individual da sociedade em que se inseriu e, juntamente à indústria, viu um espaço forte para se desenvolver e prover as necessidades do mercado. Da mesma maneira, o movimento californiano da década de 70 buscava alocar os poderes das máquinas para o uso pessoal, com sua capacidade de processamento de dados e transmissão da informação, associado ao ideal de criação de um espaço comum de compartilhamento e invenção coletiva. Destaca-se:

Se a internet constitui o grande oceano do novo planeta informacional, é preciso não esquecer dos muitos rios que a alimentam: redes independentes de empresas, de associações, de universidades, sem esquecer as mídias clássicas (bibliotecas, museus, jornais, televisão etc.). É exatamente o conjunto dessa 'rede hidrográfica' até o menor BBS, que constitui o ciberespaço, e não somente a internet (LÉVY, 2010, p. 128).

É a tecnologia da internet que foi criada em um contexto de busca por aprimoração na comunicação, para maior segurança contra possíveis ataques nucleares, inserida em uma sociedade ocidental e americanizada, aberta ao empreendedorismo e ao indivíduo, com o Estado aberto para sua evolução sem

interferência, que fomentou a base para o coletivo trocar informação, ser globalizado e preponderar o sistema capitalista, irrompendo o termo muito utilizado por diversos escritores e pesquisadores para descrever a soma desta junção, qual seja: “Sociedade da Informação”.

Visando demonstrar a evolução que a sociedade caminhou para alcançar o status atual, Armand Mattelart (2006, p. 11-43) aponta que a busca pela racionalização e uma linguagem universal, que já era observava em filósofos, matemáticos e sociólogos dos séculos XVII e XVIII, serviu de base para a construção tecnológica contemporânea. O caminho iniciou-se com o pensamento de organização no âmbito social e político, aplicando matemática, geometria e aritmética para uma melhor compreensão da população, de seus problemas e anseios. A igualização da linguagem seria o caminho para que todos pudessem compreender a ordem. Para tanto, tinham por vetor o uso de signos para um entendimento global do conhecimento e, conseqüentemente, uma melhora na gestão dos problemas sociais.

Com o advento da Revolução Industrial direcionou-se para que as tecnologias captassem dados, objetivando massificar as produções. É nesta etapa que a sociedade transmutou para uma organização de pensamento em redes hierarquizadas, formando uma estrutura parecida com um ser biológico, dividido em setores, priorizando cientistas positivos em detrimento da filosofia humana, com foco na construção de sistemas que captam estatísticas para todas as finalidades, desde a construção e industrialização até para consolidação de políticas públicas. Este foco, sem um aspecto humano, direcionou para a criação de máquinas que facilitem o cotidiano do indivíduo, para melhorar a produção.

As máquinas, aliás, têm criação vinculada aos interesses militares, como ocorreu com a própria internet. Durante a Primeira Guerra Mundial o inglês Allan Turing inventou uma que era capaz de transmitir a linguagem universal que foi também utilizada na Segunda Guerra e na Guerra Fria, com o objetivo de resolver problemas em tempo razoável e de maneira racional, ocasionando um maior desenvolvimento em sistemas de comunicação e de controle. Também são formadas instituições para pesquisas e análises do futuro, com o uso de militares intelectuais que trabalham com previsões, o que culmina por instalar um conceito instrumental de informação, para coleta de dados e estatísticas.

O coletivo reconhece o quanto os dados são benéficos para seus objetivos e o quanto é eficiente ter máquinas que os captam para o uso em tarefas variáveis. Tanto

a Era Industrial quanto a finalidade bélica demonstram a eficiência e ganhos no uso de informação para a sociedade, e isso amplia a possibilidade de uso para além da produção e do uso pelo Estado, implementando os civis, em suas produções e serviços.

O período “pós-industrial”, que privilegia o conhecimento para a profissão, diferente de como ocorria na Era Industrial, em que o foco estava no “homem de negócios”, promoveu a modificação para que sociedade aplicasse tecnologias com valor à cooperação e reciprocidade, em detrimento de hierarquia e coordenação. O foco para o futuro, nesta terceira fase, engloba a todos e não apenas militares/cientistas, formando uma rede de troca de conhecimento com pluralismo de indivíduos e descentralizada. É neste período que há a ascensão e consolidação do caráter global que os artifícios de comunicação proporcionaram (METELLART, 2006, p. 53-103).

O uso dos dados para produção, proteção, criação de bens e serviços globaliza a informação, perdendo o Estado seu poder de inserção nas decisões e mediações dos conflitos, refletindo na emancipação do setor civil, descentralizando questões que antes cabiam apenas ao Governo. O comércio, como exemplo, torna-se fonte de crescimento para pequenos e médios empreendedores, que participam da lógica econômica de troca de dados sem a necessidade de intermediários.

É com a emancipação da força privada que as “coisas” passaram a ser digitalizadas, promovendo que bens e serviços sejam existentes no ambiente virtual. Não se trata apenas de softwares e hardwares, mas da própria estrutura de processos de produção, formas de relacionamentos, novas comunicações instantâneas e até novos modelos de negócios, afetando a todos, como empresas, associações, comunidades e autoridades (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 1-4). É o formato digital que promoveu a base para que todos os fenômenos “internéticos” ganhassem mais força, atrelado ao meio de comunicação de todos para todos, permitindo que qualquer tipo de obra ou informação possa estar disponível e ser acessada (ASCENSÃO, 2002b, p. 67-68).

Além da passagem do estado físico para o virtual, outro elemento que auxiliou na implantação de uma sociedade informatizada foi o barateamento dos computadores junto ao crescimento da internet (MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA, 2000, p. 1-3). Todos os três elementos configuram uma sociedade global, com circulação de dados de maneira descentralizada, enfraquecendo o próprio

Estado e engrandecendo o indivíduo com a informação, que é produzida por todos e por tudo.

A palavra globalização teria sido empregada pela primeira vez por McLuhan e Brezezinski em seus respectivos livros “Guerra e Paz na Aldeia Global” e “A Revolução Tecnocrônica” e abrange a possibilidade de que circunstâncias econômicas, políticas e sociais, ocorridas em um determinado local geográfico possam ter valor para indivíduos que estejam em outro, totalmente diverso, pois a humanidade vive em um mundo único, onde os sujeitos, grupos sociais e nações tornaram-se dependentes umas das outras (MARCONI; PRESSOTO, 2019, p. 282-283). Para Jürgen Habermas (2001, p. 84), globalização é o nome de “[...] um processo, não de um estado final. Ele caracteriza a quantidade cada vez maior e a intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras nacionais”.

Trata-se de uma realidade conquistada com as tecnologias que foram modificando o padrão de tempo e espaço da sociedade, considerando que, de maneira natural, objetos, pessoas, informações e dados não são “transportados” com facilidade e com a rapidez permitida pelos novos meios de comunicação. A internet, portanto, é uma via da globalização, agregando o papel de “troca, comunicação e trânsito entre as fronteiras”, auxiliando na divulgação de culturas, pois é por meio dela que informações, notícias, filmes, livros, artigos e todo o tipo de documento que carregue consigo práticas, conhecimentos e costumes de um determinado povo pode ser compartilhado e acessado por qualquer usuário que esteja “navegando” na rede, sendo este o meio pelo qual se configura a “Sociedade da Informação”.

Entende-se que com a rede há energia e facilitação para a globalização, concretizando o interesse na troca de dados por todos os meios e coisas possíveis, sendo está a compleição da sociedade contemporânea. Inclusive, os anseios sociais de produção e criação voltaram-se para a construção de máquinas e equipamentos que captam dados. Há tecnologias que armazenam a distribuição de informação por meios eletrônicos e são utilizadas pelas pessoas em diversos contextos sociais, econômicos e políticos, o que faz a internet refletir posições ideológicas a nível global (SIQUEIRA JÚNIOR, 2015, p. 176).

Por outro lado, há quem compreenda que não se trata de uma real sociedade da informação, mas uma “sociedade do conhecimento”, tendo em vista a rapidez com que se agrega por meio de inúmeras ferramentas. Teve o poder de modificar as

peças e seus “[...] hábitos de pensar, agir em razão da quantidade de oferta de bens e serviços oriundos da tecnologia digital, não sendo tão exagerado assim, talvez, falar-se num verdadeiro impacto sociojurídico e cultural [...]” (DE LUCCA, 2008, p. 26-38).

Não bastasse, há a defesa de que “sociedade da informação” é um slogan, pois o que melhor explicaria a atual conjuntura coletiva seria a comunicação, porquanto o que está sendo impulsionado é ela, o ato de comunicar-se (ASCENSÃO, 2002b, p. 71). Inclusive, há quem explique de que os dados são um tipo de “religião” para a atual sociedade, sendo aplicado em todos os ramos do conhecimento, pois, no fundo, tudo é processamento de dados. Os próprios sistemas econômicos não seriam, senão, técnicas para este fim:

[...] o capitalismo de livre mercado e o comunismo controlado pelo Estado não são ideologias, credos éticos ou instituições políticas que competem entre si. No fundo, são sistemas de processamento de dados que competem entre si” (HARARI, 2016, p. 372).

Se antigamente a ideia era de que se deveria coletar dados para alcançar informações e destas formar-se-ia o conhecimento, que, por sua vez, poderia levar à sabedoria, na atualidade a coleta de dados está na incumbência da máquina, cabendo ao profissional analisá-los e aplicá-los para seus objetivos, sem que o humano perca tempo com a tarefa. O coletivo consome muita informação, conectando-se com muitas mídias o que leva a construção de coisas que são conectadas à internet, denominando de “internet das coisas”, ligando pessoas e absolutamente tudo que for possível conectar, para formar uma rede extremamente forte e que compartilha todo o tipo de informação, de maneira livre, pois ela não deve ter um proprietário (HARARI, 2016, p. 383-387).

Para além das “coisas”, há desenvolvimento e aplicação de conexão para pessoas, dados e processos, havendo a nomenclatura “*Internet of Everything*”. Tal termo é utilizado para descrever o ambiente em que “tudo se comunica com tudo”, consumado na “onipresença” da internet, e isso pode levar, talvez, a uma quebra do princípio básico da sociedade moderna que seria a autodeterminação do sujeito para agir, quando as coisas passarem a fazer todas as tarefas de ação que é naturalmente do humano (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 25-26).

Portanto, a internet é fonte para que a atual sociedade seja globalizada, possibilitando que dados e informações se confirmem no objetivo de toda e qualquer

atividade, posto ser este o interesse no qual o grupo social está aplicando suas forças, criando máquinas e tecnologia para exercerem estas funções, digitalizando coisas que, com a nova estrutura existencial, passam a ser dados, sejam eles bens ou serviços.

### **1.3 Internet e Economia**

As mudanças proporcionadas pela internet e sua conseqüente facilitação da globalização, ao lado do fascínio e ganho social pela ampla troca de informações e dados, não tiveram apenas a capacidade de modificar padrões sociais, tangendo, até mesmo, as estruturas econômicas. O meio digital auxiliou para que a informação tenha a qualidade de “valor agregado”, tornando-se um “produto” de extrema importância, alavancando uma economia mais participativa, cooperativa e em rede.

A sociedade virtualizou vários domínios mercadológicos, causando uma dependência do conhecimento para que haja produção, configurando-o como fonte de riqueza que é produzida de maneira cooperativa por uma grande massa de pessoas e instituições conectadas, que vão agregando dados para que os atores econômicos se mantenham competitivos em um mercado virtualizado que emerge, que possui a qualidade de inexistência de distância geográfica, aproximando compradores em potencial, aumentando ofertas e tendendo a ser mais transparente que o comum, beneficiando os pequenos e médios produtores e fornecedores, que tem maior igualdade de competição por estarem se auxiliando (LÉVY, 2011, p. 54-56).

E não se limita apenas em criar redes cooperativas de troca de dados, mas granjeiam sob as estruturas contratuais e os modelos de negócios, pois necessita de uma nova visão sobre os elementos de existência contratual, tendo em vista que sujeito, lugar e tempo são virtuais, demandando que os atores econômicos tenham que pensar em formas interativas e confiantes para concretizar a vontade negocial. É por esse motivo que se criam estruturas para que com um único clique haja a consolidação de todos os elementos necessários para o vínculo contratual, diminuindo custos e ganhando eficiência. Essa modificação das formas negociais recebe a nomenclatura de “economia digital e da informação”, oriunda do impacto na diminuição dos custos de pesquisa de mercado e de celebração de negócios permitida na web (LORENZETTI, 2004, p. 50-51).

Todos estes fatores, além de outros, tornaram a nova economia provedora de custos mais baixos, decompondo a maneira como as empresas se relacionam, passando a ser necessário a coexistência das instituições em rede, para que tenham maiores contatos com outras do mesmo ramo e com as de raízes diversas, trocando dados para que o resultado de um melhor produto ou serviço seja alcançado.

Quanto ao fato de a informação tornar-se um objeto econômico, ela promove que qualquer coisa possa ser virtualizada/digitalizada. Valora-se quem são produtores de informações e quem são seus adquirentes, sendo um bem em si mesmo, com características privadas, posto o reconhecimento da propriedade dela em relações negociais, sem, contudo, perder seu caráter de ser transmitida facilmente à terceiros e utilizada sem sofrer desgastes, como um bem público. Um bom exemplo é a produção musical, que tem um valor de custo alto para produção e gravação, com características privadas, mas, uma vez no ciberespaço, é rapidamente difundida e copiada, sem que perca sua essência, o que transparece um predicado público, comprovando que a informação, enquanto bem, é um misto de público e privado (LORENZETTI, 2004, p. 55-56).

É possível observar no cotidiano vários outros tipos de redes compartilhadas de bens que demandam a estruturação da empresa para relacionar-se, como o mercado de vídeos, dicas de viagens, atendimento médico, salas de aula, cursos e incontáveis outros que são digitalizados e que abancam espaço perante mercados de controle rigoroso, conseguindo, inclusive, tomar o lugar de tradicionais instituições, diminuindo custos e “empoderando” o internauta (RIFKIN, 2012, p. 137-138). É possível, em um mesmo site ou domínio, contratar um pacote de viagens com uma empresa, serviço de seguros com outra, locar veículos com uma terceira, e firmar passeios com uma quarta instituição, sem que o usuário tenha que procurar em outros espaços/sites/domínios, ganhando tempo e comodidade, enquanto as corporações que estão em rede auferem maiores lucros com gastos menores, pois estão trabalhando em coligação.

Nota-se, com os exemplos referidos, que há uma eficiente troca de produtos e serviços que têm produções e fornecimento de baixo custo e de amplo alcance. Quanto mais dados são trocados, mais informação é produzida, e as empresas devem relacionar-se para que tenham resultados satisfatórios naquilo que ofertam e produzem, permutando dados entre si e com o consumidor para que tenham frutos condizentes com os anseios e necessidades do mercado.

Não bastasse as novas relações empresariais, há a migração de atividades existentes no mundo físico para o mundo virtual, que, mesmo sendo intrínseco à nova demanda de digitalização das coisas, é importante que se demonstre sua eficácia e crescimento. Manuel Castells (2020, p. 200-202) analisa o que ele denomina ser a “nova economia”, através da forma como empresas e indústrias estão se ligando à web, compreendendo ser uma capitalização fundada na informação, globalização e na rede. Nessa estrutura as empresas e indústrias que possuem alguma relação com a internet é que serão mais rentáveis, e para demonstrar o que defende, divide as instituições em quatro camadas, afirmando que na primeira estariam as que fornecem infraestrutura para a internet (backbone), que gerou no ano de 1999 cerca de \$40 bilhões de dólares. Na segunda estariam as que criam aplicativos de infraestrutura para a internet, em que houve uma arrecadação de \$20 bilhões, crescimento anual de 61% em receita e 38% em emprego. Na terceira as que geram riquezas com publicidade, oferecendo serviços gratuitos, auferindo o valor de \$17 bilhões e crescendo em uma taxa de 52% em receita e 25% em empregos naquele ano, e, por fim, na quarta camada, que representaria o futuro do setor, estariam as empresas que praticam o comércio virtual, com um crescimento de 127% em receita, 78% em empregos e faturamento anual de \$170 bilhões de dólares.

Embora estes dados sejam antigos, do ano de 1999, nota-se que o padrão efetivamente se consolidou com o decurso do tempo. As atividades empresariais migraram para a web, principalmente com a prática do *e-commerce*, que é o que melhor representa a economia virtualizada, com custos diminutos, crescimento em rede e dependente da confiança que gera ao contratante/consumidor para se manter forte.

Pode-se compreender o *e-commerce* como uma contraposição ao tipo clássico de comércio. É um tipo em que os atos negociais são realizados à distância, por meios eletrônicos, inclusos pela web e por meios de telecomunicação de massa. Não há a presença física da pessoa que a celebra, mas troca de dados digitais, na maioria textos, sons e imagens. De maneira estrita, o comércio eletrônico é o não presencial e com finalidade de aquisição de produtos e serviços. De forma *Lato Sensu*, seria toda e qualquer maneira de transação ou troca de informação de cunho comercial ou que vise negócios, abarcando atividades prévias, atividades negociais e as posteriores à celebração do negócio (MARQUES, 2004, p. 38-39). O crescimento dessa modalidade pode ser atribuído ao aumento do acesso à internet nos últimos anos, juntamente com

a possibilidade de que os usuários encontrem produtos mais baratos e concorrentes, possibilitando que empresas de variados ramos vendam em igualdade, possuindo, o Brasil, um faturamento anual de R\$41,3 bilhões de reais no ano de 2015 (TEIXEIRA, 2018, p. 253-259).

Esta modalidade, demonstrando sua importância e crescimento, consegue alcançar resultados além da mera troca comercial, pois, anexa aos padrões virtuais, possibilita a inserção no ambiente produtivo, principalmente dos pequenos e médios, que encontram no ciberespaço um meio de fornecer e produzir sem necessitar de intermediários. A realidade converge com o que Jeremy Rifkin (2012, p. 139-140) vislumbra como uma modificação na estrutura social, econômica e governamental, pautado no uso de energias renováveis e da web, que promove um “empoderamento” dos produtores, permitindo que fabriquem sem a necessidade da hierarquização e centralidade dos meios de produção. Como exemplo, há tecnologia que permite que impressoras 3D produzam com a mesma qualidade que algumas indústrias, na residência do usuário/produtor, e que, através da internet, pode-se vender e auferir lucro sem um intermediário, diminuindo custos e promovendo maior concorrência. Também há empresas que vendem em conjunto, utilizando de sites que unem vendedores e fornecedores, facilitando que pequenos e médios produtores consigam galgar um espaço no mercado e não fiquem à mercê da vontade de grandes companhias.

O que se observa, é que há uma horizontalidade formada pela tecnologia e pela informação, entendida como um caminho de igualdade entre os atores econômicos e os consumidores inseridos nas mesmas plataformas, tornando mais forte aquele que não precisa de intermediário para alcançar seu resultado, que seja comprar ou vender, promovendo uma descentralização dos meios de produção e maior participação dos envolvidos, garantindo competitividade para pequenos e médios produtores e fornecedores, além de melhores frutos para os usuários, emergindo a força das redes, à margem da centralidade produtiva que foi implementado pela Primeira e Segunda Revolução Industrial.

Nesta horizontalidade, consumidores e produtores trocam dados e informações para que a produção seja ajustada à vontade de quem consome, beneficiando ambos os polos, pois quem consome tem influência na produção e quem produz sabe que está de acordo com a vontade de quem irá usufruir. Inclusive, a confiança para realizar uma transação comercial encontra-se em círculos sociais que trocam as informações,

legitimando ou diminuindo a importância dos bens e serviços ofertados (KOTLER *et al.*, 2017, p. 25-27). Como exemplo, pode-se apresentar o efeito das redes sociais de criarem grupos de discussão e legitimação de produtos, utilizando de pessoas que tem perfis famosos ou que tenham credibilidade social, para que tentem conversar com seu público no intento de engendrar a vontade de adquirir determinado elemento. Uma vez que é aceito, os seguidores passam a legitimar a marca, instigando que outros também a consumam. Uma vez que haja defeitos, as reclamações diretas dos seguidores irão clarear os caminhos para melhoramento daquilo que é ofertado, podendo a instituição “beber” da opinião imediata do comprador. Contudo, é preciso cuidado, pois os círculos sociais também podem abandonar o fruto a ponto de estereotipar como algo ruim ou de má índole, como foi o caso de um determinada empresa que lançou no mercado uma esponja cujo nome remetia a características físicas das pessoas negras, utilizando expressão de cunho racial para nomeá-la, e isso fez com que os internautas se virassem-se contra a instituição e seu produto (UOL, 2020, n.p.), denotando que o agrado ao círculo social é necessário, posto a estrutura horizontal.

Em uma visão diversa do reconhecimento da horizontalidade, José de Oliveira Ascensão (2002b, p. 69-70) contemplava que a globalização promovida pela “Sociedade da Informação” concentrou riquezas apenas para grandes empresas, pelo movimento da privatização da internet em que poucos dominam a infraestrutura, as técnicas, a radiodifusão, as base de dados e prestadoras de serviços, formando oligopólios e conglomerados globais, restando a possibilidade de concorrência no mercado somente aos gigantes. Todavia, a prática demonstra que a posição de que só os mais fortes podem sobreviver na internet não é verdadeira. Mesmo que existam megaempresas que dominam setores variados do ciberespaço, também há recinto para as pequenas criações, que ganham o mundo em questão de segundos ao ser legitimado pelo público.

As mídias são um exemplo da força produtora da economia colaborativa e horizontal, posto a extremada carga de informações que vai aumentando a partir da participação de vários indivíduos. Henry Jenkins (2009, p. 187-191) entende que com o fortalecimento da rede mundial de computadores abriu-se uma cultura do “faça você mesmo”, muito parecido com a cultura punk, que foi responsável em gerar novos sons, artistas, técnicas e relações de consumo. Da mesma maneira, as mídias estão sendo produzidas em todos os locais, com material de pessoas que criam a sua própria, o

que rende um público mais ativo, participativo e interativo, focado em apresentar sua opinião e colaborar para o resultado da obra.

Com todos estes exemplos e práticas, há prova da descentralização e participação que a internet promove nos setores econômicos e no “todo econômico” que os setores formam, demonstra que a produção está saindo do sistema hierárquico para uma horizontalidade, sem intermediários, com inúmeros participantes que vão crescendo suas produções através da troca de dados em rede, pautado na colaboração e no agregamento promovidos pelos bens e serviços que estão digitais, aperfeiçoando a economia informacional e a força lateral, que é aquela além dos meios tradicionais de produção.

### **1.3.1 O contexto governamental diante da economia proporcionada pela internet**

O fator de descentralização da economia e o fortalecimento de empresas que trabalham com informação está afetando as formas de governo, o qual está se enfraquecendo por trabalhar em um contexto centralizado e hierárquico, arrefecendo-se perante o poder das redes e da colaboração, perdendo inserção na resolução de problemas e decisão política quando em contraste com grandes empresas da área da informação e entretenimento, que possuem relação direta com os indivíduos e influenciam suas vontades.

A nova economia expressa uma grande mudança estrutural que é o funcionamento em redes, fundado na troca de informação para o desenvolvimento econômico, o que culmina em proporcionar crises nos governos que não detêm a mesma capacidade de informar e de conectar, promovendo a força privada ante a pública. Na economia horizontal a informação é o suporte para a confiança e pode influenciar, por exemplo, na decisão de comprar, ou não, um produto. Este mesmo fenômeno está acontecendo na política, uma vez que as decisões dos cidadãos estão pautadas na credibilidade que a informação do governo e/ou candidato provê em cada um, no entanto, o Estado não trabalha de forma horizontal, não está próximo de seu cidadão, perdendo força e confiabilidade no que apresenta aos seus quando comparado aos dados que o eleitor/consumidor têm na web.

A internet tem se demonstrado como meio alternativo para a troca de notícias, que muitas vezes podem ser ocultadas ou cortadas pelos caminhos tradicionais, como

rádios, televisão ou jornais, e que são utilizados pelos governos para agenciar informação aos cidadãos. A internet serve como alternativa de fontes de notícias e dados, e seu alta capacidade de conversação pode vir a influenciar eleições e até as formas de como o comando age perante situações sociais e políticas.

As eleições norte americanas do 2004 comprovaram que ferramentas de entretenimento fornecidas por empresas privadas estão influenciando a política a ponto de alcançar a escolha do Presidente dos Estados Unidos. Como há criação de conhecimento em rede, com aumento da informação pelo agregamento de dados que vários usuários vão apresentando nos serviços de blog, redes sociais e outros, isso atrai a visibilidade dos internautas para pontos estratégicos e convergem um sentimento de participação popular nestes, o que não é possível com os meios tradicionais. O uso de blogs, em que é possível moldar conteúdos, expande o alcance e a participação do cidadão que examina informações, desafia suposições e debate evidências não apresentadas pelas mídias convencionais, além de oferecer meios para que seus participantes expressem a desconfiança nas notícias veiculadas pelas grandes mídias, junto ao descontentamento com a política (JENKINS, 2009, p. 285-299).

Há, com as redes de conhecimento exemplificada nos blogs, um segmento do público que questiona argumentos dominantes, forçando os meios tradicionais e o próprio governo a buscar uma maior coerência e credibilidade no que estão informando. Enquanto a web tem acesso democrático e todos podem estar conectados a ela, propondo ao usuário o “poder” de construir e consumir a notícia que deseja. Não há essa mesma qualidade democrática no rádio, jornal e televisão.

No âmbito de influência política, também pode ser ressaltado a existência de *bots*, que são “máquinas” que substituem a tarefa do humano, controlando perfis em redes sociais ou outras plataformas de comunicação, e que tiveram influência no referendo de 2016 sobre a retirada do Reino Unido da União Europeia, entusiasmando através de comunicação massiva, em que destacam-se as “*fake News*”, abonando aparência de ampla aprovação à opinião emitida, com conotação de opinião majoritária, culminando em inserir-se nas opiniões dos eleitores (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 66).

Não só a possibilidade de acesso é pertinente, outro fator é o surgimento de ferramentas de edição de vídeos, músicas e imagens, que além de produzirem bens digitais, também são usadas para influenciar o público, pois servem de meios para a

construção de sátiras e humor. Estes temas são de interesse coletivo e fomentam que haja troca massiva de informação e, conseqüentemente, influenciam escolhas e tendências políticas dos cidadãos e eleitores, da mesma forma que as sátiras e charges dos meios habituais, só que com a qualidade de disseminação com grande abrangência, denotando o poder de decisão e controle das entidades privadas que são proprietárias de ferramentas de edição.

Destaca-se a criação e edição de imagens por meio de ferramentas de instituições privadas, em um contexto em que as câmeras de celulares estão em todos os lugares, sendo possível a captação e edição através de programas. Quando elas são utilizadas para a finalidade política sua disseminação é grande, podendo causar desinformação ou maior informação sobre atos do governo, a depender da finalidade de quem a cria. O Estado e suas mídias tradicionais não têm esta possibilidade.

O entretenimento é outro elemento promovido pela economia da internet que tende a influenciar decisões dos cidadãos. Ficou demonstrado, no ano de 2004, o aumento no número de jovens que procuram notícias e informações políticas através de programas de comédia e mídias de distração, compreendendo que a cultura popular está se engajando em assunto políticos, através de sua linguagem fácil. Os jogos virtuais também auxiliam na participação jovial, pois se criam comunidades para que aprendam aspectos da democracia, como decisões em grupo e diversidade de pensamentos e propósitos no próprio jogo. Isto, em um ambiente criado por uma empresa privada, que auferir lucros, reflete o papel de atores civis e a participação comunitária online, em que adolescentes tem seu primeiro contato com decisões políticas antes de sua idade para votar. Nesta situação, as instituições podem prover a abertura ou fechamento de um debate político, a depender da permissão do jogo, demonstrando a influência que exerce nos futuros eleitores (JENKINS, 2009, p. 300-314).

Compreendido o conjunto, pode-se inferir que a internet e a entidade civil formam comunidades que fomentam o debate político, podendo entusiasmar cidadãos que estejam engajados e, como via de consequência, influenciar seus caminhos políticos. Quanto a diminuição da força dos entes políticos em comparação ao poder dos atores da internet, José Eduardo Faria (2017, p. 61-62) aponta que a expansão da tecnologia de comunicação e informação teria sido decisiva para a reconfiguração do sistema financeiro mundial, uma vez que passa a ter valor econômico e se torna globalizada, enquanto as democracias nacionais tendem a sentir o impacto de forças

exteriores, nas quais grandes empresas de tecnologia passam a ser mais “poderosas” do que vários países.

Com o acúmulo de informações dos usuários, as agências de informação podem ditar o modo como a população de outro país vai pesquisar produtos, fazer compras, utilizar a rede social e, inclusive, influenciam eleitores através de mecanismos de publicidade online, tudo isso com acesso à dados que os próprios inserem em suas contas nos provedores de aplicação (redes sociais, *market places*, buscadores, dentre outros), ou por meio de “cookies”. De posse do conhecimento dos costumes alheios, tais empresas empregam de seu poderio para influenciar políticas nacionais, com a finalidade de galgar um panorama político que esteja mais alinhado às suas expectativas, principalmente para manter o domínio sobre determinado produto ou serviço.

Um exemplo desta prática foi o caso do vazamento de dados dos usuários pela empresa Facebook, no ano de 2018. Os dados foram utilizados pela empresa *Cambridge Analytica* para fazer propaganda política, usufruindo do acesso às preferências dos usuários que estavam disponíveis em suas redes sociais, facilitando o modo como iriam utilizar da propaganda para “agradar e conquistar” o eleitor. Esse fato demonstrou que as empresas de informação fazem uso de dados que os usuários dispõem na internet para finalidades diversas, incluindo eleitoral, e que, apenas com a notícia do vazamento, a empresa Facebook perdeu trinta e cinco bilhões de dólares (BBC, 2018, n.p.), o que prova o valor econômico da informação e a influência exercida pelas empresas de comunicação sobre as democracias.

Enquanto provedor de segurança institucional, o Estado está perdendo o controle de solitariamente superar crises sociais causadas pela recessão, suspensão de investimento a longo prazo e desemprego. Há perda de autonomia política na formação de novas estratégias de regulação, pois fica a cargo de atores internacionais a solução do problema. Além, há o enfraquecimento da democracia nacional quando comparada ao poderio econômico de grandes companhias, principalmente as de informação, pois o país não consegue frear tudo que a internet traz, tão pouco possui forças para lutar contra o modo de aplicação da publicidade das “megaempresas” (FARIA, 2017, p. 58-59).

Há de elaborar reflexão sobre a evolução da soberania popular, trazendo dúvidas sobre as consistências destas com a globalização:

[...] O Estado territorial, a nação e uma economia constituída dentro das fronteiras nacionais formaram então uma constelação histórica na qual o processo democrático pode assumir uma figura institucional mais ou menos convincente. Também só pode se estabelecer no âmbito do Estado nacional a ideia segundo a qual uma sociedade composta democraticamente pode atuar reflexivamente sobre si de modo amplo graças às ações de uma de suas partes. Hoje esta constelação é posta em questão pelos desenvolvimentos que se encontram nos centros das atenções e que leva o nome de “globalização” (HABBERMAS, 2001, p. 78).

Portanto, analisando os aspectos econômicos e governamentais que a internet e as tecnologias de informação e comunicação proporcionaram, nota-se uma capitalização mais participativa, descentralizada, sem influência do Estado e de outros atores que hierarquizavam as produções, com valorização de dados que vão sendo aumentados conforme a participação de indivíduos, proporcionando força a pequenos e médios empreendedores que não carecem de intermediários para que ganhem o mercado. Não bastasse, o fortalecimento civil é tamanho que as grandes empresas de informação adquirem maiores poderes de decisão do que alguns Estados nacionais, influenciando no modo de agir e pensar do indivíduo, formando as novas características econômicas da sociedade atual: deter a informação equivale a ter fonte de riqueza e poder.

#### **1.4 Internet e Regulamentação**

Além das modificações sociais e econômicas já apresentadas, há debates sobre a necessidade de regulamentação do espaço virtual, muito em razão de vários aspectos da vida cotidiana terem migrado para o ciberespaço, como, por exemplo, exercício da liberdade de expressão; formação contratual; atividades consumeristas; relacionamentos; jogos; uso de marcas em links patrocinados, além de outras incontáveis situações que eleva o patamar para a condição de um local de interesse jurídico.

O direito vigente ainda não possui uma estrutura sólida para a regulamentação do espaço virtual, e o panorama é potencializado com o aumento de coisas conectadas à internet, como aparelhos celulares, relógios, veículos, geladeiras, assistentes virtuais, dentre inúmeros outros “*Internet Of Things*” que permitem experiências novas e complexas atreladas ao uso da rede, sendo que, somente o direito ordinário, pensado para o mundo físico, não é capaz de dispor de soluções satisfatórias, pois não atende as especificações inerentes da técnica informática.

O debate é longo e complexo. É complexo pela própria característica apresentada no início do capítulo, de ser um local diverso do físico, sem barreiras geográficas, com tempo, espaço e sujeitos incertos, denotando que os parâmetros do direito tenham que se adaptar para as qualidades do ciberespaço. É longo, posto a própria evolução histórica do objeto é variável e com vertentes diversas. Em seu histórico de criação (subtópico 1.2) foi possível observar que a rede mundial de computadores nasceu de uma necessidade militar, porém, foi aplicada por cientistas que tinham a vontade de trocar conhecimentos, denotando a dualidade de sua criação, oriunda de um setor controlador para outro livre. Com o tempo e evolução, ela recebeu influência da cultura californiana que defendeu a existência de um espaço próprio, sem atrelar-se a um governo soberano para “ditar regras”, o que culminou na defesa de que o ambiente fosse regido pelos usos e costumes de seus usuários.

Da dualidade entre manter a autorregulamentação e haver aplicação da lei vigente, surgiram duas correntes: os que defendem a existência de um novo direito, diferente, para ser aplicado no “novo mundo” criado pela internet, denominada de ontológica, e os que entendem que se deve aplicar as regras já existentes, utilizando de analogia, recebendo este posicionamento de instrumental (LORENZETTI, 2004, p. 68). É a partir desta divisão, instrumental e ontológica, que as fases de regulamentação têm seu confronto.

Da diferenciação entre as duas, pode-se acenar que a web já passou por quatro fases principais. Marcel Leonardi (2019, p. 20-24) compreende que entre a década de 80 até a década de 90 preponderava o mantra de que a rede era um local distinto do físico, sem soberanias Estatais. O nome dado foi de ciberespaço, moderado no entendimento de que seria diverso, criado por uma infraestrutura mutualística de tecnologias ascendentes. Daí surge a fase denominada de autorregulamentação, em que injustiças e conflitos seriam identificados e resolvidos por meios próprios, por aqueles que integram a rede e a fazem funcionar, como uma espécie de ‘contrato social’ para o ciberespaço, inspirada pela Declaração de Independência Norte Americana e pela primeira Emenda da Constituição Estadunidense, que proíbe restrições à liberdade de expressão e que teve como baluarte um texto escrito em 1996 por John Perry Berlow, intitulado “*A Declaration of the Independence of Cyberspace*”. Nesse trabalho os escritores “conclama os governos de todo o mundo a deixarem a internet em paz, em nome do surgimento de um espaço livre, em que as ideias imperam sobre qualquer outra forma precedente de infraestrutura” (LEMOS,

2005, p.94). De tal modo, para esta fase, não poderia haver interferência de governos e de leis externas, conseqüentemente, tem nos atos e costumes próprios a sua fonte normativa.

Esta etapa condiz com a posição ontológica, tendo em vista que sustenta a tese de o virtual ser diverso do físico, não constituindo a estrutura do direito ordinário apta a prover regulação ao local. Destacam-se três argumentos: os que defendem a criação de uma “lex informática”, onde os costumes e práticas da rede iriam criar “regras”; os que defendem que é impossível regular a rede diante de sua natureza e tamanho; os que declaram um pensamento libertário perante as mazelas sociais que ocorrem no mundo real, sendo a web uma maneira de vencer as desigualdades da economia, não podendo haver interferência estatal (LORENZETTI, 2004, p. 69-71).

Em compreensão, nota-se que para estes, a internet é um espaço privado que não pode ser regulado por um Estado, necessitando se autorregular, seguindo um modelo de descentralização de poder, havendo diferentes focos de decisão que criarão o consenso global do que são as práticas aceitas, ou não, na web.

Por outro lado, há quem defenda que a autorregulamentação causou atrasos normativos, inclusive no Brasil (LEMOS, 2005, p. 95). Como defeito, tem-se como argumento o fato de que houve crescente uso da internet e, com isso, muitas práticas consideradas ilícitas foram sendo efetivadas, precisando de uma regulamentação para coibi-las, o que, paulatinamente, insurgiu a segunda fase, que é a dos que conclamam o aparecimento de uma lei específica para o ciberespaço. Os responsáveis em apresentar uma proposta de criação do “Direito do Ciberespaço” são David G. Johnson e David G Post, que compreenderam o local formado pela internet como distinto do físico, demandando um direito que refletisse suas características. Deste norte, pensou-se no surgimento de um direito “internacional”, onde “a ideia essencial era a de que governos precisariam trabalhar em conjunto, por meio de organismos internacionais, de modo a criar normas globais para a Internet [...]” (LEONARDI, 2019, p. 28-29).

É uma fase ainda no contexto da posição ontológica, pois apega-se a aplicação de um direito próprio da rede, defendendo que o mundo virtual cresceu ao ponto de ser alçado ao status de objeto regulatório, emergindo o comando de um “direito ao espaço virtual” ou “direito virtual”, fazendo referência ao fato de que o âmbito jurídico deve adotar o paradigma digital. A opinião central é que o direito deve regular a internet, e não o contrário (LORENZETTI, 2004, p. 72-73). Trata-se de uma etapa que

não considera a web meramente privada, como entendiam os defensores da autorregulamentação, mas uma forma de externar a globalização, havendo, diante disso, um aspecto público latente.

Do outro lado estão os instrumentalistas, que pregam a posição contrária da ontológica, determinando que os fenômenos já conhecidos do mundo jurídico possam ser aplicados para situações que ocorrem na web, não necessitando de leis específicas. O direito cogente pode satisfatoriamente regular as situações, pois elas são similares, vigorando o pensamento de que a rede não é um espaço privado, mas público. Deve-se empregar “[...] o direito cogente, em que se pode prever condutas e atribuir-se responsabilidades pela violação desse tipo de regras [...]” (LORENZETTI, 2004, p.75-77)

Em que pese a facilidade de usar da analógica, surgiram críticas contra essa posição, dentre elas a de que necessita observar a essencialidade do instituto aplicado, sob pena de o direito não ter eficácia (LEONARDI, 2019, p. 32). Como exemplo, há a responsabilidade civil dos provedores de aplicação por conteúdo gerado por terceiros, que antes da criação do Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/14, os julgadores aplicavam a responsabilidade do tipo objetiva aos provedores, pelo risco do negócio ou utilizando do Código de Defesa do Consumidor, mas, com a lei, em seu artigo 19, é notável que o legislador optou pela responsabilidade subjetiva, demonstrando conhecimento sobre a técnica virtual e sobre o papel dos provedores, caso em que a analogia não conseguia alcançar a paz social, pois prejudicava a própria funcionalidade dos provedores de aplicação<sup>3</sup>, principalmente os de conteúdo.

No Brasil a fase analógica também promoveu atrasos, incentivando a manutenção da estrutura normativa sem que se refletisse sobre as técnicas específicas do meio virtual (LEMOS, 2005, p. 96) e, por este motivo, a doutrina estrangeira e a jurisprudência criaram uma quarta tendência que Marcel Leonardi (2019, p. 35-39) denomina de abordagem mista, em que não só o direito deve regular a internet, como também a arquitetura da rede, utilizando de meios tecnológicos que proporcionem uma estrutura de controle para fornecer maior segurança às situações

---

<sup>3</sup> Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Artigo 19: Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

virtuais. A arquitetura é entendida como “– mecanismos tecnológicos sobrepostos às características originais da Rede que intencionalmente restringe o comportamento dos usuários [...]”, para que promovam o controle jurídico necessário e eficaz, espelhando um conjunto de valores que a sociedade considere importante.

O uso de mecanismos sobrepostos as funcionalidades já existem e são muito utilizados pelos entes privados, como as tecnologias para conferir confiabilidade aos negócios, em que se destaca os assinadores digitais. De certa forma, a confecção da tecnologia de segurança para assinatura favorece a eficácia para a situação, pois cria-se uma estrutura que o usuário é obrigado a cumpri-la, sob pena de não atingir seu objetivo. Outro exemplo é o aceite aos termos de uso para que os usuários tenham acesso ao espaço virtual da aplicação, onde a arquitetura do ambiente só libera o acesso após conferir que o usuário saiba das normas ali dispostas. Da mesma forma, os regramentos devem impor que os atores da internet criem disposições de controle para prover eficácia ao objeto que almejam regulação, mas sem que limitem a liberdade de expressão ou que possam ser utilizadas de maneira absoluta pelo Estado ou pelo ente privado, pois daí o valor do direito já seria violado.

É Lawrence Lessing (2006, p. 122-123) quem propõe a junção da lei, que prevê atos e os pune após a ação ser cometida, das normas sociais, que pune condutas socialmente inaceitáveis após o ato, das normas de mercado, que limitam o objetivo pautado na capacidade financeira e da arquitetura, que diferente dos outros molda o comportamento sem que necessite um ato ilícito prévio e sem a participação de outros entes. O jurista explica a teoria de junção entre as quatro referidas formas de controle, usando o exemplo de cigarros: Seu uso é limitado pela lei, pois não podem ser vendidos para menores. A norma social impõe que para fumar em um carro o fumante peça permissão aos outros passageiros, sob pena de o grupo do veículo o punir por fumar sem autorização. O mercado regula o preço, se o custo aumenta, as restrições para quem fuma também e, se diminui, há maior acesso. Por fim, a arquitetura do cigarro feito com nicotina possui mais restrições do que as que não o contém, diante do vício que causa. Com este exemplo busca-se demonstrar que a rede, para ser regulada, deve se apoiar nos quatro pontos referidos (lei, norma social, mercado e arquitetura) para que alcance à eficácia necessária.

Dentre os quatro elementos, o direito deve preponderar com os valores constitucionais, servindo de ponto fixo para que seus fundamentos, princípios e garantias sejam aplicados (LORENZETTI, 2004, p. 78-79). A arquitetura servirá como

uma espécie de “paternalismo libertário”, como defendem Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein (2019, p. 13-14), criada na dualidade entre a liberdade sociais e jurídicas, juntamente com a coerção do comportamento pelo meio, para que se cumpra com os preceitos libertários e, ao mesmo tempo, garanta as proteções jurídicas esperadas, cunhando uma estrutura de funcionamento que ajude ao uso correto das ferramentas virtuais. O direito vigente deve preponderar ante as inovações, mas, sozinho, não tem eficácia, carecendo do auxílio para que garanta sua finalidade. Deve-se, portanto, reconhecer as técnicas do meio virtual para que o desígnio da norma seja alcançado.

O próprio texto da lei deve obrigar a criação de arquiteturas de segurança aptas a prosperar as garantias e fundamentos jurídicos que se espera ao caso (LEONARDI, 2019, p. 63). Como exemplo, tem-se a Lei nº 13.709/18 – LGPD – que em seu artigo 46 estabelece a obrigação de agentes de proteção de dados adotarem medidas técnicas e aptas a proteger as informações pessoais de acesso de terceiros não autorizados, ou para prevenir situações de acidentes de vazamento. Ao verificar o enunciado legal, atina-se que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais estabelece uma obrigação que vincula arquitetura e valor do direito para que seja eficaz a proteção que se espera, havendo, inclusive, uma responsabilidade ao agente de tratamento que não cumpre com seu dever de segurança, (Art. 6º, inciso X), ponto que será mais bem delineado à frente, mas que mostra, desde já, ser um caminho coerente entre junção de norma social, economia, arquitetura e o direito.

Há outros exemplos de controle de comportamento por infraestruturas, dentre eles o uso de intermediários de informação, que seriam serviços e tecnologias que mediam o acesso aos usuários, como buscadores que usam de algoritmos para adaptar o perfil do sujeito que está pesquisando na rede, para lhe apresentar o que está alinhado às suas expectativas e tendências; Uso de *Bots*; Uso da “*Legal technology*”, que é a aplicação da tecnologia para a finalidade que atenda ao âmbito jurídico, servindo desde utensílio de interpretação de normas até para reconhecer requisitos legais predeterminados pela lei (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 61-71). Outros preferem a nomenclatura de proteção pelo *design*, mormente para proteção de dados:

Em tempos em que a proteção efetiva dos interesses por meio de proteção jurídica individual é cada vez mais difícil de ser praticada, quanto mais porque não são transparentes, a proteção legal por design ou, mais geralmente, a proteção do sistema pode cumprir uma importante função compensatória (HOFMANN-RIEM, 2021, p. 70).

Com a aplicação da tecnologia para a finalidade legal, há de se pensar que as inovações tecnológicas se modificam em uma velocidade sem limites, tornando obsoleto a legislação que prevê situações específicas e fixas, sendo mais coerente o uso de cláusulas gerais, motivo pelo qual os princípios que a regem devem ser bem delineados. Stefano Rodotà (2008, p. 41-42) compreende a internet como um espaço público que não deve ser privatizado, tão pouco colonizado. Também não é um ambiente de liberdade infinita, de uma anarquia, sendo um espaço de conflitos. Por esses fatores, haveria de encontrar sua própria regra, que seja diversa da estritamente comercial, visto que a maioria das atividades exercidas neste local estão caminhando para a comercialização plena, devendo ser cerceada o caminho que reduz o cidadão a mero consumidor. Por isso a rede deve permanecer como um espaço para a formação da personalidade, de liberdade de expressão, associação, em que se pode agir em atividades cívicas.

O caráter cívico eleva o questionamento de efetividade da junção entre norma, moral, mercado e arquitetura, posto que a infraestrutura pode servir de meio para desencorajar a democracia virtual e perpetuar valores privados. Esse seria o motivo para a preponderância dos apegos do direito ante qualquer outro fator que auxilie em sua eficácia, respeitando as garantias constitucionais e os direitos fundamentais, com perigo de haver um retrocesso cultural em caso de ignorar os valores humanos (RODOTÀ, 2008, p. 181-195). Aliás, quando se fala em infraestrutura tecnológica, há de referir que são criadas pelo homem, mas que tomam decisão por meio de algoritmos, não lhe sendo permitida a capacidade interpretativa que a lei necessita e que está atrelado ao humano, como criatividade, empatia e intuição, (HOFFMAN-RIEM, 2021, p. 151-153), motivo pelo qual o humano deve tomar as rédeas do espaço, sob pena de tornar-se escravo do próprio ambiente, devendo criar técnicas e seguranças com valores que dignificam a humanidade. Por esta razão, as tecnologias que limitam acesso, que guardam dados, que fecham comunidades, que de alguma forma controlam as situações do ciberespaço, devem existir em comunhão com temas de liberdades e de espaços públicos, pois elas só serão administradas se os instrumentos jurídicos forem mais importantes perante qualquer nova tecnologia.

Nota-se que as duas posições principais sobre internet e regulamentação abordam a criação de regras para o espaço virtual, ou aplicação das que já existem. O que se percebe é que ambas não são capazes de prover eficácia se não utilizarem de tecnologias de controle e suas arquiteturas, pois, atualmente, são estes os meios

utilizados pelos atores privados para alcançar a segurança almejada nas relações virtuais e, por esta qualidade, deve o direito obrigar que se criem e utilizem arquiteturas para que seus valores e finalidades sejam preservados.

Por outro lado, os apegos primordiais do direito devem estar presentes também na criação destas arquiteturas de controle, na confecção das tecnologias que serão utilizadas para prover eficácia ao âmbito jurídico, tendo conhecimento de que as formas de controle por arquiteturas são elaborados por entes privados, na maioria de finalidade comercial, não devendo seus desejos serem maiores do que os anseios públicos, sob pena de o ciberespaço ser local de lesões a direitos constitucionais e humanos, não permitindo a plena democracia e regulação da rede.

## 1.5 Provedores de Internet

Após análise do que é a internet, seu histórico, a forma como modificou padrões sociais e econômicos e quais teorias estão sendo aplicadas em sua regulação, é condizente ponderar sobre os atores que permitem o seu uso, focando nos provedores, pois, para que seja possível o acesso à rede mundial de computadores há diversos elementos e atores que estão presentes entre o usuário e o ciberespaço, abarcando os provedores, que são os responsáveis em prover desde a estrutura de acesso à web até os serviços e ferramentas dispostas no espaço virtual, cabendo-lhes a tarefa de relacionar-se diretamente com os internautas.

Dentre os tipos, destacam-se o provedor de *backbone*, provedor de acesso, provedor de correio eletrônico, provedor de hospedagem e provedor de conteúdo. Todos são espécies que integram o gênero provedor de serviço de internet, que é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da web, ou por meio desta (LEONARDI, 2005, p. 19). Também podem ser compreendidos como “[...]empresa que se dedica à atividade de disponibilizar a rede aos usuários que o contratam para esse fim” (FINKELSTEIN, 2004, p. 247).

Todavia, há muita confusão quanto aos tipos específicos de provedores, tendo em vista a evolução tecnológica e mercadológica que permitiu a uma mesma pessoa jurídica ou natural fornecer mais de um tipo, o que embaraça observar e compreender cada qual em separado. Ao revisar, especifica-se os provedores de *backbone*, também denominado de espinha dorsal, atenta-se que ele é a base de toda transmissão de internet e de todo o sistema. Trata-se de uma pessoa jurídica que

possui os arcabouços de acesso, vendendo a ligação para que outros provedores possam repassar aos usuários (LEONARDI, 2005, p. 20-22).

Outro é o provedor de acesso, conceituado como a figura que possibilita a participação do usuário ao ciberespaço, constituindo-se de uma empresa própria que tenha contrato direto com o provedor de *backbone*, ou por intermédio de outra. Seria “a pessoa jurídica fornecedora de serviços que possibilitam o acesso de seus consumidores à Internet. [...] é suficiente que a empresa fornecedora de tais serviços ofereça a seus consumidores apenas o acesso à Internet [...]” (LEONARDI, 2005, p. 23). Eles são as responsáveis pela abertura das “portas de entrada” à rede, responsáveis por adicionar maior ou menor controle às relações interpessoais que ocorrem na web. Seu conceito legal está no Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/14, artigo 5º, inciso IV, expresso como o administrador de sistema autônomo, que conduz os blocos de endereço de IP específico e o sistema autônomo de roteamento (PECK, 2002, p. 140-141). Esse tipo de empresa surgiu na década de 1990, recebendo a nomenclatura de *Internet Service Providers*, e, no Brasil, foi regulado pela Norma 004/95 do Ministério das Comunicações, em seu item 3, alínea d), assentando à disposição do usuário o acesso à rede mundial de computadores mediante o uso de programas de conexão (TEIXEIRA, 2018, p. 36-38).

O provedor de correio eletrônico é a empresa que fornece aos seus consumidores acesso à serviços de correspondência eletrônica, podendo fornecer outras aplicações que configurariam em provedores de outros tipos, sem, contudo, descaracterizar a unicidade do correio eletrônico (CEROY, 2014, n.p.). O de hospedagem seria a pessoa jurídica ou natural que promove a guarda e armazenamento de dados em espaços próprios, denominados de servidores, donde é possível à terceiros terem acesso a estes. Configura-se em dois serviços distintos: guarda de dados e acesso deles por usuários. Para que o *www (World Wide Web)* funcione, a hospedagem é essencial, e é por sua existência que há o provedor de conteúdo, havendo, inclusive, relação de consumo entre o provedor de hospedagem e de conteúdo (LEONARDI, 2005, p. 27-30).

Por fim, os provedores de conteúdo podem ser entendidos como aqueles que disponibilizam as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação (ou autores) na internet (CEROY, 2014, n.p.). Há confusões entre estabelecer que provedor de conteúdo seria o mesmo que de informação. Os provedores de informação seriam os responsáveis pela criação das notícias

divulgadas na web, sendo os autores desta, cabendo ao de conteúdo disponibilizar a referida em seu local. Esse tipo é dividido em dois: as diretas, elaboradas pelo responsável da página ou site, e os indiretos ou de terceiros, em que o provedor toma a decisão de divulgar conteúdo de outros (SANTOS, 2001, p. 116). Portanto, este provedor disponibiliza a informação na rede, necessitando de um local de armazenamento para concluir sua finalidade. O provedor de conteúdo, quando é autor do que é postado, torna-se do tipo provedor de informação.

A jurisprudência brasileira, por intermédio da interpretação do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial nº 1.316.921-RJ, por exclusão, vai referir sobre provedores de conteúdo como sendo aquele que não inclui, hospeda ou organiza/gerencia as páginas que são apresentadas em seu local. É, portanto, aquele que “[...] disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web” (STJ, REsp 1.316.921-RJ, 2012, n.p.)

Importante destacar que não só os provedores são considerados “atores da internet”, pois as empresas que promovem segurança à rede, como as entidades certificadoras, as que promovem a garantia das assinaturas eletrônicas e os sujeitos que gerenciam pagamentos também integram a categoria (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 111-112).

Muito embora existam todos estes tipos, com a Lei nº 12.965/14, - Marco Civil da Internet -, houve uma divisão legal dos provedores, dividindo-se apenas entre dois: os de acesso à internet e os de aplicação.

Os de aplicação podem ser conceituados pelo artigo 5º, inciso VII, do Marco Civil da Internet, como sendo as funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. É o artigo 5º, inciso II, que explica o que seria terminal, como “o computador ou qualquer outro dispositivo que se conecte à internet”. Como há uma ampla possibilidade de aparelhos com conexão, diante da atualidade tecnológica, destacam-se os celulares, tablet, computador, smartwatch ou qualquer outro que se ligue à rede mundial de computadores.

Na doutrina, apresenta-se a posição de que são as diversas funcionalidades desenvolvidas no mundo virtual cotidianamente, desde que conectadas à internet, oferecendo ferramentas de estudos, pesquisas, informação e publicação de conteúdo, sendo uma “categoria” de provedor de conteúdo (LIMA, 2015, p. 156). Há quem os defina como “[...] relacionados às demais subdivisões de provedores que atuam em

um ambiente mais abstrato na internet e oferecem os mais variados serviços e conteúdo” (ROTUNDO, 2018, p. 60). Noutro, há distinção entre o de aplicação com o de acesso, na medida que não é ele quem provê a conexão com a internet e não fornece estrutura para que o indivíduo utilize a rede, compilando várias outras atividades, como correio eletrônico, hospedagem, conteúdo e serviços online. Agregam-se vários serviços em uma única nomenclatura (CEROY, 2014, n.p.).

A estrutura de funcionamento do provedor de aplicação está no artigo 15 do Marco Civil da Internet:

Artigo 15: O provedor de aplicação de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicação de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Adverte-se que quando a aplicação se constituir de maneira organizada, em uma pessoa jurídica, há o dever de guarda sobre os registros de acesso, pelo prazo de seis meses, utilizando de um ambiente controlado e seguro. Inclusive, pessoas naturais, quando agem de maneira a tipificar na atividade, pode conformar como este “ator da internet” (CEROY, 2014, n.p.). Por outro lado, o legislador optou a aplicar a qualidade de guarda de acesso por seis meses apenas aos que são constituídos por pessoa jurídica, estando os que não atendam a esta especificação (ser pessoa jurídica e organizada) livres da obrigação, quando não houver ordem judicial contrária.

Quanto a função que desempenha, trata-se de uma figura importantíssima na relação entre o acesso dos indivíduos à rede mundial de computadores e as várias possibilidades que a rede proporciona aos usuários, sendo o local onde os internautas apresentam os conteúdos que desejam postar. Aliás, junto ao provedor de acesso, o de aplicação carrega consigo a defesa ao direito de informação, pois o conteúdo gerado pelos usuários representa uma importante forma de exteriorização do pensamento dos cidadãos (CARVALHO, 2014, p. 128-130).

Diante de tamanha importância, há de se analisar, em sequência, os tipos de responsabilidades civis que são atribuídos para situações que ocorrem na internet, na maioria das vezes em um provedor de aplicação. Do todo, é notório destacar que para cada tipo de provedor há uma importância técnica para a internet, seja por guardar dados, por possibilitar troca de mensagens ou pelo ato de permitir que o cidadão digital compartilhe conteúdo e opinião, devendo o operador do direito estar apto a

reconhecer que a natureza e importância do “ator da internet” infere no tipo de responsabilidade que deverá ser aplicado em situações de danos, sob pena de ocorrer injustiças.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL E A INTERNET

Após análise e compreensão de que a rede se configura como um meio de comunicação que interliga indivíduos, instituições e coisas, formando um espaço próprio em que situações da vida cotidiana migram do físico para o virtual, como relacionamentos, disposições de opinião, negócios e comércio, é consequente que em algumas destas haverá danos aos usuários, infundindo a necessidade de discussão sobre o que é o dano e quais os tipos de responsabilidade as leis atribuem aos provedores de internet, especificamente aos de aplicação, que são os que diretamente acomodam as ferramentas cotidianas.

Ficou demonstrado que a internet é um meio de comunicação que trabalha em rede, com sujeito, local e tempo diversos do físico, em que a insegurança é um elemento presente, posto a incerteza sobre o indivíduo e o desconhecimento da técnica informática, o que potencializa a ocorrência de danos, haja vista o sentimento de liberdade que o usuário “oculto pela técnica virtual” possui para agir em atos contrários à boa fé e, por vezes, contrário ao próprio direito. De outra perspectiva, demonstrou-se que os “atores da internet” são criados e funcionam em estruturas para que as inseguranças sejam minimizadas, utilizando de arquiteturas de controle com propósitos mercadológicos e valores constitucionais, haja vista a importância social e financeira da troca de dados, que configura a “Sociedade de Informação”, culminando em ter na liberdade de expressão e vedação à censura seus principais embasamentos, pois é da livre troca de ideias que há a potencialidade do sistema.

Ressalta-se o empenho econômico da livre disposição de conteúdo, que é objeto de valor e será lesado quando houver censura, ou quando a informação “desinforma”, quando prejudica um consumidor, quando promove concorrência desleal, quando dilui marcas, ou quando agenciar notícias mentirosas. Em todas essas situações há danos a direitos e interesses juridicamente tutelados, ocasionadas pelo corte ou pelo excesso do alvedrio de informar.

Por este motivo, analisar-se-á, em primeiro ponto, a liberdade de expressão, que é um direito fundamental previsto na Constituição Federal brasileira, além de princípio, fundamento e garantia da rede mundial de computadores, que gera a segurança de que o Estado e terceiros não vão censurar os indivíduos que exercem suas manifestações de pensamento e troca de informações, tendo em vista que é pela disposição de conteúdo político, filosófico, científico, sentimental, humorístico e

comercial, com publicidades e propagandas, que os objetos digitais são trocados entre os internautas, tornando-se próprio para a ocasião que haja compreensão sobre até que ponto pode ser exercido o fundamental mandamento, e como está regulado pelas leis que tratam da internet.

Após, discorrer-se-á sobre a responsabilidade civil, com a finalidade de compreender sua natureza, função e tipos para, então, analisar algumas legislações que atribuem a obrigação de indenizar aos provedores de aplicação.

## **2.1 Liberdade de Expressão na Internet**

A comunicação humana é um dos fatores que nos torna diferentes de outros, posto que desenvolvemos esta plena capacidade por inúmeros meios: oral, gestual, em sentidos e até por intermédio de aparelhos que são criados para auxiliar na comunicação.

A possibilidade de comunicar-se é extraordinária a ponto de ser um dos fatores para avaliar se inteligências artificiais possuem realmente algum tipo de “inteligência”, se é possível que elas alcancem o grau de conversação a partir de uma tabela, aonde o mais elevado é a dos humanos, pois a fala não é encontrada em nenhuma outra forma de vida conhecida até o momento (BRIGHTON; SELINA, 2014, p. 25).

Comunicar significa “transmitir; avisar; informar” (BUENO, 2000, p. 183). Também pode ser compreendida como “Ato que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre o transmissor e o receptor, através da linguagem oral, escrita ou gestual, por meio de sistemas convencionados de signos e símbolos” (MICHAELIS, s.d. n.p.), sendo possível deduzir que se a comunicação é o ato de transmitir informação, e ela acontece através de linguagem oral, escrita ou gestual, praticada pelos humanos, é, portanto, um ato vinculado à característica humana, integrante de sua potencialidade, tornando-se fundamental ao “ser”, fazendo parte de sua essência e integridade.

Por ser integrante da natureza humana, o direito busca proteger a liberdade de expressão e informação, reconhecida como fundamental pela Constituição Federal (1988), em artigo 5º, incisos IV, IX, XIV e artigos 220 a 224<sup>4</sup>. Os direitos fundamentais

---

<sup>4</sup> O trabalho não se aprofundará em outros incisos do artigo 5º da Constituição Federal (1988) e que também carregam consigo o direito de expressar e/ou informar, sendo eles: Inciso VI e VIII, em que há a liberdade religiosa e a inviolabilidade de crença, convicção filosófica e científica. Inciso XXXIII, em

são normas “[...] intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (MARMESLSTEIN, 2019, p. 18).

Há quem compreenda a expressão de direitos fundamentais como correlatas a “Direitos do Homem” ou “Direitos Humanos”. Contudo, deve-se ponderar que os fundamentais passaram por evoluções históricas, com seu nascimento oriundo da não intervenção estatal e na autonomia individual. Com o tempo, foram aceitas influências do Estado em situações econômicas e sociais, mas que, ao mesmo tempo, se limitasse a não irromper nas relações individuais subjetivas, na busca pela igualdade. Posteriormente, com a evolução tecnológica, surgiu a necessidade de que reconhecessem direitos de fraternidade e solidariedade, que são importantes e fundamentais em uma sociedade globalizada e industrial. Assim, o significado de “Direitos do Homem” e “Direitos Humanos” tomou uma proporção associada às qualidades próprias da natureza humana, que independe de um sistema jurídico específico, enquanto direitos fundamentais estão subordinados à positivação, reconhecidos por um determinado sistema jurídico que marca a posição subjetiva do indivíduo, tornando possível a sua reivindicação judicial, sendo fundamental uma vez que tem na condição humana e na evolução histórica o seu alicerce (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR; 2012, p. 140-141).

Essa diferenciação coaduna com teorias diversas do direito, que se dividem entre os positivistas e os naturalistas. A escola positiva é a envolta aos “sistemas de normas vigentes, obrigatórias, aplicáveis coercitivamente por órgãos institucionalizados, tendo a forma da lei, de costume ou de tratado”. É um direito heterônomo, proposto pela sociedade, pelo Estado e pela convenção internacional, enquanto, do outro lado há o natural, que tem o homem e sua natureza como eixos centrais de direitos próprios, que não precisam estar reconhecidos em uma norma positivada para existirem. Entretanto, com a predominância do positivismo, o direito natural é o meio pelo qual pode-se metrificicar a legitimidade do outro, configurando-se como “régua” de validade da norma para a civilização ocidental. Por dar validade, o direito natural foi positivado em Tratados Internacionais e Declarações de Direitos, por motivo de situações em que governos e Estados violaram a humanidade, não

---

que há a obrigação do Poder Público em prover informação aos cidadãos. Inciso LXXII, em que há o direito de informação do próprio indivíduo que conste em banco de dados ou cadastro público.

poupavam civis e prisioneiros, expondo-os a crueldades e degradações. A partir deste fato, os direitos que foram surgindo resumem-se em proteção à vida e à liberdade, e são considerados fundamentais, superiores a qualquer legislação e lastreados na natureza humana (GUSMÃO, 2010, p. 54-58).

Compreende-se da diferença entre direito positivo e direito natural, que os “Direitos Humanos” são especificações mais abrangentes do que o significado de direitos fundamentais, que está atrelado ao positivo, ao externo do humano, metrificado pelo natural, que promove sua validade.

Nomear um direito como fundamental é estabelecer que o referido tem o condão de centralizar o homem e seus valores como núcleo do ordenamento. No caso, o direito de comunicar-se, de expressar-se através de fala, gestos ou expressões é intrínseco à qualidade humana, pois está reconhecido no ordenamento como atrelada a dignidade. Por essa razão a Constituição Federal (1988) está claramente assumindo que o cidadão, enquanto humano, é livre para manifestar-se e expressar-se, podendo dispor de seu pensamento, sua criação, informando e sendo informado por outros. Trata-se de uma liberdade.

A liberdade tem seu nascimento nas teorias de contratualismo e direitos naturais, que teria atingido seu ápice com Imanuel Kant, quando o filósofo expõe que “[...] todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens [...]” Com a Revolução Francesa e o reconhecimento de direitos de primeira geração, privilegiou-se o indivíduo perante as influências do Estado, iniciando a prática de cultivar princípios que limitam a incidência do Estado às Constituições, em respeito à autonomia do indivíduo. Seriam espécies de normas negativas, em que o público se absteria de ter incidência. (SARLET, 2018, p. 314-320).

Nesse período houve a ruptura da filosofia positivista pura para o reconhecimento dos valores que irradiam dos direitos fundamentais, “Voltou-se a reconhecer, humildemente, que o direito não surge no mundo por si só, mas relaciona-se de forma indissociável com valores que lhe são prévios, ideais de justiça e de humanidade que se colhem na consciência humana” (BARCELLOS, 2019, p. 183). Nota-se que a liberdade de expressão é fruto de importâncias de justiça que a sociedade carrega consigo, foi adotada pelas nações após a Revolução Francesa e tem intrínseca o apego libertário ocidental, incidindo um domínio cultural destes em

diversas legislações. No caso, são valores para que haja uma esfera jurídica imune a intervenção pública e de terceiros.

Entretanto, remete-se que a liberdade e seu real entendimento são influenciados pelas diferenças culturais, como destaca Benjamin Constant (2015, p. 18), quando diz que “[...] é factível que a densificação de seu conteúdo, a importância que ostenta para a coletividade e a maneira como é protegido pelos poderes constituídos apresentam sensíveis variações da sociedade para a sociedade”. Assim, quando a Constituição Federal brasileira a protege, ela está acolhendo a autonomia privada em detrimento de invasões estatais e de terceiros, classificada como:

[...] o status fundamental pelo qual cada pessoa, como padrão geral, encontra-se livre para agir como lhe parecer por bem, sem dever obediência a quem quer que seja. Está, portanto, diretamente relacionada com a autonomia individual, isto é, com a possibilidade de definir seus próprios projetos de vida e persegui-los e, nesse sentido, conecta-se igualmente com a dignidade pessoal (BARCELLOS, 2019, p. 205).

Quanto a liberdade de expressão, ela está situada na proteção ao desenvolvimento digno do humano e de sua personalidade, servindo à proteção da democracia, ao debate de ideias e aos interesses não só do emissor, mas de sua plateia, privilegiando a capacidade humana sem que tenha influência de outros e do próprio Estado. O campo de proteção é amplo, dividindo-se em dois principais: a manifestação de pensamento, em que é possível expressar-se na medida da vontade do emissor, e o direito de divulgar fatos, onde o ideal de promoção da verdade deve ser privilegiado (SARMENTO, 2018, p. 264-266). Ela pode ser exercida em todos os lugares em que seja possível, desde que não haja violência, com destaque para as novas tecnologias, como os blogs, redes sociais, chats e espaços publicitários, podendo abranger desde manifestações sérias e racionais até a de cunho humorístico, sentimental e atos expressivos, pois as condutas também carregam a finalidade de transpor uma ideia, não ficando apenas no campo da escrita ou fala.

Sobre os fundamentos desta liberdade, destaca-se a autonomia individual, pois é com a comunicação/expressão que o humano se realiza como ser pensante, tem em si sua dignidade manifestada: “[...] Ela confere ao indivíduo a capacidade de desenvolver todo o seu potencial, controlar o seu próprio destino e influenciar as decisões coletivas (SANKIEVICZ, 2010, p. 23). No mesmo sentido:

A liberdade de expressão tem, em primeiro lugar, uma dimensão individual. Cada pessoa tem a liberdade de pensar por si própria, formar seu próprio juízo e avaliação crítica, ter suas próprias opiniões e veiculá-las. Embora o desenvolvimento da liberdade de expressão esteja historicamente ligado à liberdade de crença religiosa e à crítica política, ela não está limitada a tais temas. A liberdade de expressão tutela a livre comunicação de qualquer espécie de ideia, opinião ou crítica, sobre qualquer assunto. Em princípio, mesmo opiniões que pareçam absurdas e nocivas à maioria deverão ser combatidas com outras opiniões, e não com proscricção (BARCELLOS, 2019, p. 206).

Outro fundamento é a busca científica da verdade, ou busca da melhor decisão possível. A síntese da teoria segue na afirmação de que “[...] o melhor teste para o valor ou a utilidade social de um pensamento é a sua capacidade de se fazer aceito na livre competição do mercado de ideias por meio de um debate robusto e livre da interferência estatal”. Além desse, também há o apoio à democracia, pois ela é garantida quando há a abstenção do Estado de censurar o discurso contrário ao governo, tornando o povo o verdadeiro detentor do poder supremo, sem que haja censura prévia governamental. É por meio do livre debate de ideias que há acesso às informações, proporcionando a participação de todos antes da tomada de decisões políticas. É o direito democrático e basilar que proporciona ao indivíduo ter crenças e preferências próprias, formado a partir de condições inerentemente naturais, proibindo a manipulação (SANKIEVICZ, 2010, p. 26-43).

Pautado na função de apoio à democracia, é possível ver convergência com a República brasileira, descrita na Constituição Federal (1988), em artigo 1º, parágrafo único, que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos. Nota-se que, “[...] na medida em que um Estado passa a reconhecer e proteger Direitos Fundamentais, tais direitos passam a demarcar o perfil desse Estado, prenunciando a sua forma de ser e agir e de como ele se relaciona com os indivíduos [...]” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p. 131-132). Isso posto, compreende-se que a liberdade de expressão é a forma pelo qual o cidadão pode apresentar suas opiniões sobre determinado tema e, por vezes, influenciar e receber influência sobre pontos críticos, servindo à finalidade democrática de disposição de opinião.

Não há um único direito para a liberdade em análise, havendo a adoção de diversos tipos pela na Constituição Federal (1988):

[...] a liberdade de abarca um conjunto diferenciado de situações, cobrindo, em princípio, uma série de liberdades (faculdades) de conteúdo espiritual, incluindo expressões não verbais, como é o caso da expressão musical, da comunicação pelas artes plásticas, entre outras. A liberdade de expressão

consiste, mais precisamente, na liberdade de exprimir opiniões, portanto, juízos de valor a respeito de fatos, ideias, portanto, juízos de valor sobre opiniões de terceiros etc. que se encontra na base de todas as modalidades da liberdade de expressão. Assim, é a liberdade de opinião de modo que o conceito de opinião (que, na linguagem da Constituição Federal, acabou sendo equiparado ao de pensamento) há de ser compreendido em sentido amplo, de forma inclusiva, abarcando também, apenas para deixar mais claro, manifestações a respeito de fatos e não apenas juízos de valor. Importa acrescentar que, além da proteção do conteúdo, ou seja, do objeto da expressão, também estão protegidos os meios de expressão, cuidando-se, em qualquer caso, de uma noção aberta, portanto inclusiva de novas modalidades, como é o caso da comunicação eletrônica. (SARLET, 2018, p. 507-508)

No que tange aos tipos, além do previsto artigo 5º, inciso IV, da Constituição Federal (1988), há o direito à livre expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, também prevista no artigo 5º, mas no inciso IX, e há quem entenda que com esse inciso houve um alargamento do raio de proteção à liberdade de expressão, pois, quando se trata da palavra “atividade intelectual” e “comunicação”, há amplitude suficiente para que se englobe o direito de apresentar ideias, opiniões, sentimentos e transmissão de informação de qualquer assunto, sem que o indivíduo seja censurado que, aliás, é o aspecto central deste.

A censura poderia ser compreendida como vedação prévia à livre expressão praticada por autoridades administrativas. Já, censura em sentido mais amplo, refere-se às medidas administrativas realizadas posteriormente à disposição da expressão, no intento de vedar a sua continuidade. No âmbito privado, pode haver censura quando indivíduos utilizam de suas posições sociais ou influências para impedir ou retirar alguma expressão que esteja sendo difundida (SARMENTO, 2018, p. 282-285). Entende-se que o indivíduo pode apresentar seus ideais e conteúdo sem que seja cerceado pelo Poder Público ou por terceiros, quando, pela ponderação, sua expressão seja legítima e não viole outros princípios, direitos e garantias.

Por sua vez, o artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal (1988), assegura acesso à informação a todos, resguardado o sigilo de fonte quando for necessário ao exercício profissional. Wilson Steinmetz (2018, p. 323) compreende que há dois mandamentos descritos no referido inciso: o direito de acesso à informação e o direito de sigilo de fonte. Abarca o direito de se informar, que, aliás, não pode ser restrita ao pensamento de que envolve apenas o trabalho jornalístico, ou mesmo às comunicações sociais, devendo abranger o acesso a qualquer tipo, independente do conteúdo, relevância ou finalidade: “envolve o direito de passar, receber e buscar

informação; por isso, afirma-se que ele assume três feições: o direito de informar, de se informar e de ser informado” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p. 175-176).

A Constituição Federal (1988) também aloca a importância da transmissão de informação no artigo 220: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Trata-se de uma defesa à comunicação social, que é um setor importante para o coletivo, servindo como meio para que os direitos fundamentais de expressão e informação sejam assegurados, quando veiculados em meios jornalísticos. “A existência de uma opinião pública livre é um dos primeiros pressupostos de democracia de um país. Só é possível cogitar de opinião pública livre onde existe liberdade de informação jornalística” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR; 2012, p. 177). Por este motivo, é proibido que algum dispositivo de lei possa vir a embaraçar a plenitude do alvedrio de informação jornalística e de meios comunicacionais, sendo, além disso, proibido toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística, segundo §§ 1º e 2º do artigo 220 da Constituição Federal (1988).

Posto todos estes apontamentos, fundamentos e conteúdo, é possível averiguar que a liberdade de expressão é fundada na autonomia individual, na busca pela ciência e na participação democrática, sendo uma garantia para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e caução de que haja efetiva dignidade em “ser” um humano, assegurando liberdade aos meios de comunicação para que os indivíduos possam se manifestar, expressar, informar e serem informados. Essa liberdade também está presente nas legislações que versam sobre a rede mundial de computadores, que teve sua criação pautada no livre compartilhamento de conteúdo científicos, no intento de prover maior conhecimento aos usuários e ganho para a ciência, mas, com o tempo e abertura para uso privado, o valor comercial dominou grande parte do espaço, servindo as leis para estabelecer formas e limites à divulgação de conteúdo, para que a troca de informação seja de ganho para todos e não se permita a lesão de qualquer natureza.

### **2.1.1 Liberdade de expressão prevista na lei nº 12.965/14**

As leis que foram elaboradas para proteção ao espaço formado pela internet alocam a liberdade de expressão como fundamento, princípio e garantia, como se vê na Lei nº 12.965/14 – Marco Civil da Internet.

Trata-se de uma legislação oriunda do Projeto de Lei nº 2.126/2011 e que teve como inspiração para elaboração, dentre outros, o apontamento de que o Poder Judiciário emitia decisões conflitantes perante a diversidade das relações existentes no ciberespaço, havendo necessidade de o legislador preservar as liberdades na internet (TEIXEIRA, 2016, p. 26). Ela foi organizada no Brasil em tempos em que outros países também estavam legislando sobre o tema, como Rússia e Turquia, por exemplo, que positivaram leis que permitiram controle do Estado sobre os conteúdos da web. Já o Marco Civil da Internet foi diferente, assegurando liberdades e estabelecendo o devido processo legal como forma de decisão para os exercícios de direitos: “O objetivo foi justamente assegurar liberdades públicas, limitando o poder Executivo de interferir na rede brasileira, concretizando assim os preceitos da Constituição Federal” (LEMOS, 2015, p. 81). Isso denota a posição brasileira de compreender que o ciberespaço não é um simples avanço tecnológico, mas um local que fortalece a cidadania e fomenta a cultura (SCHERKERKEWITS, 2014, p. 48).

Em fase de projeto legislativo, houve intenso debate sobre o que deveria ser regulado, com participação ampla da camada populacional, abarcando empresas, sociedade civil, pública e, principalmente, os usuários da tecnologia computacional, contando com a aprovação destes para gerar um arcabouço legal que tem como objetivo primordial manter a liberdade de tráfego da informação, posto que, assim como já se vem apresentando, é da livre comunicação que a sociedade e economia encontram bases para formarem as estruturas contemporâneas (VANCIM; NEVES, 2015, p. 21-24).

No Marco Civil da Internet, em seu artigo 2º, está expresso o fundamento do uso da rede, havendo a referência de que a liberdade de expressão é a mais importante dentre todas. É notável que o fundamento foi aplicado como se fosse a “alma da internet”, enquanto os outros foram postos de forma didática e educacional, clareando a vontade do legislador de tornar imutável as discussões de liberdade na rede (SCHAAL, 2016, p. 44). O artigo 2º e seus incisos “[...] deduzem um sistema, um agrupamento de conhecimentos” (LUCCA, 2015, p. 66), refletindo em uma lei brasileira que apresenta a liberdade de expressão com o implícito filosófico e histórico de todo o significado de liberdade, desde as concepções iniciais advindas da

Revolução Francesa, com a não interferência estatal sobre a autonomia privada, até a convicção de que o Estado deve participar de relações econômicos-sociais para salvaguardar o direito de expressão do internauta, criando ferramentas de concretização.

A analisada liberdade, para alguns, seria um dispositivo ‘caro’, pois reflete a posição de pluralismo de ideias e deve ser interpretado conjuntamente aos incisos III e VI do artigo 2º, sendo eles: pluralismo, diversidade e finalidade social da rede, formando a interpretação de todos os outros princípios (SCHERKERKERTWITZ, 2014, p. 50-51).

Não bastasse ser um fundamento, é também um princípio, descrito no artigo 3º, inciso I, o que garante que mantenha-se um parâmetro para interpretação em situações que esteja em discussão o referido valor, servindo de posição jurídica a ser alcançada, sendo o mais importante debate da internet, pois é um “princípio básico no esquema argumentativo que conduz à solução de problemas e à ponderação no âmbito da internet” (LORENZETTI, 2004, p. 86).

Enquanto valor, ela tem a função de basear as situações em que o tema esteja em colisão, sendo a liberdade o destino de todos os conflitos (SCHAAL, 2016, p. 45). Entretanto, não é um valor absoluto, pois “[...] o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão não pode ser tratado na Internet de maneira absoluta nem prevalente, a priori, sobre outros, devendo ser sempre ponderado frente a outros valores do ordenamento” (BEÇAK; LONGUI, 2015, p. 133). Para algumas doutrinas, o atributo máximo da liberdade de expressão na lei da internet não encontra respaldo na ordem constitucional, pois não existe privilégio de um direito fundamental perante outros, principalmente quando confrontada com o solidarismo emanado da dignidade da pessoa humana, faltando à lei uma qualificação melhor sobre as situações de exploração econômica e social deste meio (QUEIROZ, 2019, p. 64-69)

Todavia, mesmo não sendo absoluto e alvo de críticas, é por meio deste fundamento e princípio que as ferramentas existentes na rede foram evoluindo, como, por exemplo, as redes sociais:

A nosso ver, o compartilhamento de informação é, hoje, a principal característica da denominada “sociedade digitalizada” ou “sociedade da informação”. Portanto, as redes sociais, inicialmente criadas para ficarem restritas a um determinado setor, foram abertas mundialmente, e em pouco tempo, pessoas localizadas nos mais diferentes países passaram a descobrir a fantástica ferramenta que as viabilizavam o conhecimento colaborativo e o relacionamento a distância (LIMA, 2019, p. 159).

Outro ponto em que se encontra expressa a liberdade é no artigo 8º, em que se apresenta a comunicação sem censura como uma garantia, pois integra o pleno exercício de acesso e que deve ser exercida em conjunto com a proteção à privacidade e intimidade, formando um arcabouço que privilegia não apenas um fundamental interesse, mas outros, em conjunto, impondo o dever de observação à determinadas situações que apresentem condições insuportáveis, indignas e injustas à personalidade do cidadão virtual, que se manifesta nos meios (VANCIM, NEVES, 2015, p. 74-76).

Considerável forma de concretização da liberdade de expressão na rede é a não responsabilização dos provedores de conexão por conteúdo gerado por terceiros, prevista no artigo 18, juntamente com a responsabilidade subjetiva dos provedores de aplicação por conteúdo ilícito de terceiros, previsto no artigo 19. Em respectivos artigos vê-se que há respeito à técnica virtual, pois compreende-se que a internet forma um espaço livre para compartilhamento de ideias, para que se concretize a troca de dados e informações massivamente praticada pela sociedade, que tem nesta tarefa sua própria vontade e explicação do coletivo. É, então, que o valor maior, vetorizado pela norma em forma de fundamento, princípio e garantia de acesso, toma forma, impondo que sejam preservados a livre disponibilização de conteúdo e vedação à censura, ao não permitir que provedores ajam como controladores de conteúdo alheio.

Importante atentar ao que está expresso na primeira parte do referido artigo 19, que traz a seguinte expressão: “[...] o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura [...]”. Isso demonstra de forma direta que o Marco Civil da Internet promove ferramentas de proteção à liberdade de expressão, pensando, inclusive, na forma como a responsabilização dos atores da internet vão influir para que seja eficaz a troca de dados. É privilegiando o direito à liberdade de expressão que a legislação eleva o princípio à condição máxima de ideal de conduta a ser divulgada e protegida.

### **2.1.2 Liberdade de expressão na lei nº 13.709/18**

Outra legislação que não versa exclusivamente sobre internet, mas que busca regular situação de captação e troca de dados da pessoa física, que pode ocorrer por meio virtual, é a Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, denominada de Lei Geral de

Proteção de Dados Pessoais, e nela é perceptível que há ponderação entre exposição de conteúdo e proteção ao direito de privacidade e intimidade.

Trata-se de norma criada para regulamentar e limitar o tratamento de dados pessoais, com o objetivo delineado no artigo 1º, com os dizeres de que “[...] com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”, expressando a finalidade da norma.

O motivo da existência da lei pode ser atribuído à prática comercial da web, com intenso fluxo de dados:

O motivo que inspirou o surgimento de regulamentações de proteção de dados pessoais de forma mais consistente e consolidada a partir dos anos 1990 está diretamente relacionado ao próprio desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital, que passou a ter uma dependência muito maior dos fluxos internacionais de bases de dados, especialmente os relacionados às pessoas, viabilizados pelos avanços tecnológicos e pela globalização. Desse modo, houve a necessidade de resgatar e repactuar o compromisso das instituições com os indivíduos, cidadãos desta atual sociedade digital, no tocante à proteção e à garantia dos direitos humanos fundamentais, como o da privacidade, já celebrados desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 (PINHEIRO, 2018, p. 18).

Com o exercício mercadológico, há um interesse publicitário sobre os dados, aumentando a vulnerabilidade do consumidor de maneira a torná-lo o verdadeiro produto. As empresas, por intermédios de programas, absorvem as informações de preferências dos internautas para convergir publicidade em vendas, causando fragilidade à pessoa física no que se refere ao uso de informações sobre si mesma, que tem natureza personalíssima:

Quando o usuário navega na Internet, há uma série de cliques (clickstream) que revela uma infinidade de informações sobre as suas predileções, possibilitando que a abordagem publicitária as utilize para estar precisamente harmonizada com elas. Desta forma, a publicidade on-line pode ser direcionada com um grau de personalização jamais alcançado pela publicidade off-line. Por isso, a publicidade comportamental on-line reduz os custos da ação publicitária, uma vez que o bem de consumo anunciado é correlacionado cirurgicamente aos interesses do consumidor abordado. A comunicação com o público-alvo daquele produto ou serviço é praticamente certa, ocasionando maior probabilidade de êxito quanto à indução ao consumo (BIONI, 2018, p. 17).

Diante disso, entende-se que pela prática comercial massiva de captação dos interesses dos usuários, surgiu a necessidade de impor limites à livre utilização de

conteúdo de caráter individual, respeitado, ao mesmo tempo, a liberdade de expressão, que é direito fundamental e base da estrutura social e econômica da internet.

Da mesma forma que no Marco Civil da Internet, a liberdade de expressão na LGPD não é um direito absoluto, pois devem igualmente ser respeitados a privacidade, a intimidade, a honra e a imagem, haja vista que todos eles são também classificados como fundamentais pela Constituição Federal (1988), artigo 5º, incisos VI e X, estando todos no mesmo “nível hierárquico”. Em específico, na LGPD, em seu artigo 2º, inciso III, há a positivação da liberdade de expressão como um fundamento, juntamente com outros, para a finalidade de “[...] fortalecer a proteção da privacidade do titular dos dados, a liberdade de expressão, de informação, de opinião e de comunicação, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem e o desenvolvimento econômico e tecnológico” (PINHEIRO, 2018, p. 31).

A regra é que a lei deva ser aplicada para qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou jurídica, entendendo este como todo ato realizado com dados pessoais, como coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão e outras formas de uso (Art. 3º c.c. Art. 5º, inciso X da Lei nº 13.709/18). No tratamento é necessário o consentimento do titular, como prevê o artigo 7º, inciso I, além de outros permissivos também previstos no mesmo artigo. Entretanto, observa-se que no artigo 4º, inciso II, a) e b) há exceções à aplicação da lei, quando forem utilizados para fins jornalísticos e artísticos, demonstrando que há privilégio para informar, que é fundamental para a autonomia privada, verdade científica e democracia.

O inciso I, também do artigo 4º, estipula outra exceção, pautada na finalidade dos usos para fins particulares e não econômicos, privilegiando a troca de conteúdo “entrepertes”, possibilitando que haja a transmissão de dados sem incidência da norma, privilegiando a capacidade intrínseca do humano em comunicar-se e sociabilizar-se com o próximo sem que o Estado imponha o que pode ser trocado entre eles.

Outro ponto encontrado na LGPD e que privilegia a livre disponibilização de conteúdos está no artigo 7º, § 4º, que expressa a dispensa da exigência de consentimento do indivíduo para uso de dados tornados manifestamente públicos pelo próprio titular e, novamente, em referida exceção, denota-se a liberdade de informar associada à natureza do permissivo, pois, uma vez tornado público de forma legítima,

os dados serão fonte de informação. No mesmo artigo 7º, inciso IV, está previsto a possibilidade de tratamento para estudos de órgãos de pesquisa, garantindo a anonimização dos dados, demonstrando, novamente, a existência da liberdade de informar.

A liberdade de expressão, no contexto da norma, portanto, é mantida com limites, em caráter de exceção, haja vista a natureza do direito que a lei busca preservar, que é a privacidade e intimidade do titular, mas continua sendo fundamento para o funcionamento da rede, tendo em vista que as situações na internet se iniciam com a disponibilização de conteúdo, no caso, de dados, e disponibilizá-los é manifestação plena da liberdade de expressão.

Em consonância com a dualidade entre proteção de dados e liberdade de expressão na rede, apresenta-se o contexto do julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que o Agravante almejava receber dados pessoais do autor de ilícito cometido na internet que estivessem registrados junto ao provedor de aplicação. O recorrente estava irrisignado com a decisão do tribunal *à quo* que deferiu a ordem para que o provedor apresentasse os dados do usuário da internet que agiu contrário a legalidade, e que, do mesmo modo, iria comunicar ao titular que seus dados seriam repassados ao Agravante, motivo pelo qual buscava-se o reconhecimento de não comunicação ao titular dos dados. Em sede de fundamentação, o Desembargador entendeu que é garantido a liberdade de expressão e de crítica na rede, no entanto, quando exercido em excesso, deve o agente responder pelo ilícito. Assim, reconheceu-se que é direito que se conceda prazo para que o provedor de aplicação apresente ao lesado os dados pessoais do causador do prejuízo, para que se produzam as provas necessárias, finalizando que não haja obstrução de provas. Entretanto, também é direito que se comunique ao titular dos dados que suas informações serão repassadas a terceiros, à luz do artigo 5º, inciso I e artigo 7º da LGPD, posto se tratar de informação relacionada a pessoa natural identificada. Diante disso, ordenou que o provedor apresentasse os dados do causador do ilícito para o prejudicado e posterior prazo para que informe ao titular que suas especificações estariam sendo repassados a terceiros (TJSP, Agr. 21383752020188260000, 2020, n.p.).

Esta decisão demonstra que a proteção aos dados deve existir mesmo em situação de ilícitos pelo titular, e que a liberdade de expressão na internet é permitida com a devida responsabilidade de quem usufrui. Na lei nº 13.709/18, aplicada mesmo

em caso de ilícito pelo titular, há convergência entre a liberdade e a proteção. No total, vê-se que a livre expressão não se trata de um direito acima dos demais, mas um dentre outros que deve estar preservado, pois “[...] o exercício da liberdade de expressão pode trazer algum prejuízo para a privacidade. O contrário também é verdadeiro: a preservação da privacidade pode trazer perdas à liberdade de expressão, uma vez que pode haver censura” (TEIXEIRA, 2018, p. 84).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, portanto, objetiva preservar a intimidade e privacidade subordinada aos dados pessoais, mas, ao mesmo tempo, compreende exceções para casos em que se deve privilegiar a liberdade de expressão pela notícia jornalística, troca de dados entre particulares sem viés econômico, uso para estudos e pesquisas científica e quando o dado já está público pelo próprio titular, possibilitando o usufruto da troca de conteúdo, que é a base de funcionamento da internet. Esta ponderação é para manter a rede mundial de computadores como um local democrático, em que o conhecimento pode ser compartilhado, fomentando a cidadania e a dignidade do homem, ao mesmo tempo que se respeita a “propriedade” dos próprios dados de cada indivíduo.

## **2.2 Responsabilidade Civil**

O humano é um ser que vive em coletividade, vinculado a uma sociedade em que os atos de cada um têm consequências para o todo, e que podem, por vezes, terem resultados prejudiciais. Não haveria a paz social se uma sociedade não tivesse meios de controlar conflitos, maneiras de prover justiça perante as relações entre os indivíduos, e por este motivo, no âmbito normativo, criou-se a responsabilidade civil e criminal, forma pela qual o direito vetoriza equilibrar e punir as situações em que há danos.

Além do âmbito normativo e até antes da criação dele, o coletivo já possuía outros métodos de aplicar justiça para situações em que havia desordens entre seus membros, usufruindo tanto do meio social como do religioso, donde a responsabilidade normativa nasce e adquire seus conceitos morais e suas virtudes.

No que toca à justiça, que é a finalidade do objeto em estudo, há variadas filosofias para compreendê-la e Michael J. Sandel (2020, p. 321-333) foca em basicamente três abordagens para explicá-las, anunciando a primeira, denominada de utilitarista, que reconhece na máxima conveniência ou bem-estar a integridade

coletiva, em que justo seria aquilo que traz mais felicidade ao maior número de pessoas, sintetizado pela explicação de que “a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade”. Após, apresenta uma segunda abordagem, denominada de liberal, em que justiça seria o respeito a escolha franca de cada um, para agir conforme a suas faculdades, pois a liberdade é um direito fundamental e deve ser preservado, desde que se respeite o próximo. Todavia, as duas primeiras filosofias não seriam coerentes, enunciando uma terceira abordagem com foco na virtude e preocupação com o bem comum, usufruindo de raciocínio conjunto e político que pode levar a sociedade a “uma vida boa”, sendo esta, talvez, a que melhor possa alcançar um sentimento de ajustamento, pois as ideias libertárias e utilitaristas se afastam da moralidade e virtude que podem, acrescidas ao âmbito coletivo, prover melhores escolhas e caminhos para o corpo social.

Questões morais e espirituais, que são anteriores à norma, devem ser levados em consideração pela política e legislação, aplicando-as ao interesse público, cultivando a virtude cívica para afastar o indivíduo do agir egoísta que domina o mercado e que está prevalecendo em todos os setores (subtópico 1.3), necessitando de um debate público sobre os limites morais do negócio, sendo este o meio para que se possa promover resultados no caminho da paz. Por assim ser, o equilíbrio perpassa por atores políticos, sociais e pelas normas, e todos devem indicar quais os valores necessitam de proteção quando há lesão a algum indivíduo ou à coletividade, havendo, como resultado, a construção de meios legais que proverão harmonia, numa tendência de imposição de responsabilidade àqueles que agem em contrariedade as virtudes. Daí, tem-se que o conceito de ser responsável pelo resultado de seus atos é diverso, a depender de seu âmbito, mas todos tem em comum a obrigação de respeito para com algum dever, seja ele moral, religioso ou oriundo da lei.

No setor religioso, para explicar o que seria a responsabilidade, apresenta-se o pensamento de Emmanuel Lévinas, filósofo judaico que descreve que Deus está presente em todos, havendo o outro, que deve ser respeitado como o indivíduo em si, descrito no mandamento “ama te o próximo como a ti mesmo”. A Religião, neste aspecto, provê a filosofia de responsabilidade para com o outro, pois “o outro” é um igual a “mim”, sendo também filho de Deus, o que torna uma obrigação ético-religiosa preocupar-se com o próximo e não causar mal a outrem. Esta posição traz consigo a harmonia e equilíbrio no ato humano, pois há o ideal de encargo no agir fraternalmente na relação com o próximo, que é filho de Deus tanto quanto “eu”. É o que conclui

Rafael Haddock-Lobo (s.d. n.p.) quando descreve que “[...] eu devo manter-me voltado eticamente para o rosto do outro. O que se entende por ‘fraternidade’ é a própria relação com o outro em que se realiza, ao mesmo tempo, minha eleição e a igualdade entre todos”. Isso mostra que o indivíduo que tem fé religiosa, tem o seu comportamento regrado e vinculado conforme os valores de sua consciência e age com responsabilidade para com os sujeitos, pois ele também é filho de Deus, igual “a mim”, criado para ser respeitado como todos os seus iguais.

Como meio de prover equilíbrio para circunstâncias em que há atos contrários aos valores e filosofia da religião, é previsto o pecado como atitude de culpar o transgressor, que se traduz como uma espécie de punição para aquele que não respeita os ensinamentos, sendo o meio pelo qual o âmbito religioso aplica sua justiça.

No social também há caminhos para que a pessoa seja compelida a cumprir com a moral coletiva, com regras impostas e criadas pelo próprio grupo, por meio de usos e costumes, vinculando o comportamento e suas crenças. Como exemplo pode-se apresentar a promessa, que quando é feita de maneira não normativa, sem os preceitos de existência, validade e eficácia de um negócio ou ato jurídico, não importa diretamente ao direito, mas é uma manifestação de vontade que pode ganhar expectativas no grupo, e, se não realizada pelo promitente, faz com que o ente o taxe de mentiroso, afamando-o como não cumpridor de sua palavra, imputando ao indivíduo o resultado de seu ato, punindo-o para que nenhuma outra pessoa acredite em suas falas. A responsabilização neste domínio ocorre por intermédio de coerções sociais que marginalizam o sujeito.

Já, no âmbito normativo, o meio pelo qual busca-se a equalização de situações em que há conflitos e que tenha o resultado de dano, recebe a nomenclatura de responsabilidade civil ou criminal. Enquanto a moral e religião vinculam consciência e pecado, não necessitando de uma exteriorização que se efetive na ordem jurídica, pois seus pressupostos são o livre arbítrio e consciência, a ordem legal, normativa, depreende um prejuízo advindo de uma infração a um mandamento de lei que acarrete danos (GONÇALVES, 2016, p.20).

A subjetividade da responsabilidade moral e religiosa, que é subordinada a consciência do indivíduo, em seu estado anímico, é a única investigação que interessa nestes setores de justiça. Desde o momento do ato, do pecado, da má-fé, da mentira, já há a responsabilidade perante a consciência do indivíduo, que crê e têm moral, independentemente de prejudicar alguém, ou não. Por seu turno, no campo normativo,

o que acontece somente na consciência não importa ao direito, é necessário um resultado no mundo físico. Por assim ser, a responsabilidade é diversa em seus campos, mas todas convergem em vetorizar a justiça, promovendo uma tendência de que os atos públicos destacados na norma tenham valores morais e espirituais subordinados, formado pelo corpo social, que irá legislar sobre o tema, para que a manifestação humana que cause problemas tenha uma solução satisfatória àquele povo (MAZEAUD; MAZEAUD, 1977, p. 1-4).

Sobre o âmbito normativo usufruir dos valores sociais, políticos e religiosos do coletivo para alcançar a justiça, significa reconhecer que o direito é uma junção entre todos eles, sendo o resultado do conglomerado de critérios estabelecidos e ponderados. Quanto mais o direito se encontrar com os outros âmbitos, mais terá eficácia, sendo individualizado sempre que surge uma situação de conflitos em que se almeja uma solução, estando no equilíbrio entre valores impostos e valores escolhidos, um dos maiores problemas do ordenamento (PERLINGIERI, 2002, p. 30-31) e na responsabilidade não é diferente, pois quando há um fato deve-se valorar o que a lei protegerá na situação, o que é dificultoso perante uma sociedade pluralista e com variabilidade de moral e crenças, como ocorre no mundo globalizado.

A justiça, portanto, como caminho da paz social, tem diferentes vertentes e filosofias, a depender da forma como cada sociedade a compreende, além de ter âmbitos diversos para alcançar o seu resultado. Todavia, há de se reconhecer que a escola que defende a aplicação de valores morais, filosóficos e religiosos, para as políticas e legislações, provê um fator de excelência maior para o fim que almeja, posto que imbuirá no indivíduo sentimento de agir conforme aqueles deveres que refletem a si próprio, perpetuando o agir responsável, seja pela crença ou mesmo por imposição legal, que, aliás, deve prevalecer perante as outras e promover a dignificação humana.

A origem do termo responsabilidade teria sido apresentada por filósofos ingleses do século XVIII, no dicionário crítico de Necker e abade Féraud, não sendo única e exclusivamente encontrado no Código Civil Francês, apesar deste ter utilizado o termo para descrever delitos e “quase delitos” (MAZEAUD; MAZEAUD, 1977, p. 1-2). O vocábulo pode ser atribuído ao verbo *respondere*, que significaria a obrigação que alguém tem para sofrer as consequências jurídicas de sua atividade, que remonta ao entendimento de *spondeo*, que seria uma espécie de fórmula do Direito Romano para vincular a pessoa que assumiu um contrato verbal com a sua referida dívida,

tendo a conotação de subordinação do agente às consequências de seus atos lesivos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO; 2012, p. 45-53). *Spondeo* significa “aquele que responde” (DIAS, 1997, p. 2), importando ao direito quando há um ato de um indivíduo que causa danos a outro, podendo-se afirmar que uma pessoa é responsável sempre que deva reparar um dano. Entretanto, é uma definição muito restrita e não resolve efetivamente o que é o objeto (MAZEAUD; MAZEAUD, 1977, p. 1-2).

Há importante distinção na responsabilidade normativa, que se divide em civil e criminal. A sociedade quer defesa contra o que pode lhe causar danos e, para tanto, cria meios para se acautelar contra estas ocasiões, utilizando da punição, do castigo, para coagir e penitenciar aquele que estremece a ordem social. Destaca-se a responsabilidade criminal que, por vezes, ainda está unida ao ideal moral e tem no dano social e na ordem penal sua aplicação, na busca de recuperação e correção dos indivíduos que violem normas de sua natureza, ficando a cargo da lei dizer o que deve ser respeitado, pouco importando se o ato causou prejuízos a um indivíduo, pois é a sociedade, em última instância, que importa à ela. A civil, por sua vez, pressupõe um dano privado, não necessitando que atinja toda a sociedade. Em circunstâncias privadas o indivíduo não pode, por si só, punir alguém que lhe cause um prejuízo, cabendo à sociedade construída dentro dos parâmetros do direito castigar o transgressor, após ter sido julgado em um tribunal democraticamente constituído, que irá estabelecer se aquele determinado caso é cabível uma indenização pelo mal sofrido (MAZEAUD; MAZEAUD, 1977, p. 6-7).

À responsabilidade penal não importa somente lesões ao social, enquanto à responsabilidade civil cabe apenas danos particulares, sendo ambas voltadas para a preservação da paz coletiva, diferenciando-se, apenas, para efeito de punição ou de reparação: “A reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior [...]; a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado, sua finalidade é restituir a ordem social ao estado anterior à turbação” (DIAS, 1997, p. 7-9).

Sobre a definição e compreensão própria da responsabilidade civil, destaca-se José de Aguiar Dias (1997, p. 15-16) que é adepto da definição apresentada pelo francês Loius Josserand, compreendendo o objeto como associado ao dano sofrido, independentemente de quem o sofra, sendo responsável aquele que efetivamente deve suportar o mal, abrangendo, inclusive, quem causa danos em si próprio. Para explicar sua posição, o civilista argumenta que costuma existir confusão com a ideia

de crédito pela reparação e a obrigação que lhe afeta, sendo esta, consequência daquela, concluindo que responsabilidade é o dever de suportar os resultados de seu ato. Por sua vez, Henri Mazeaud e Léon Mazeaud (1977, p. 3) discordam da posição anterior e compreendem que a responsabilidade deve ter no mínimo duas pessoas em conflito, tornando-se responsável aquele que deve reparar o prejuízo inferido ao outro.

A diferença entre as doutrinas destacadas está no dano como pertencente ao próprio causador do ato, ou ao outro, que deverá reparar. No primeiro há reconhecimento de dever àquele que deve suportar o dano, enquanto, no segundo, há o conceito de que o dano é de outrem, devendo o causador repará-lo.

Em outra abordagem, René Savatier (1945, p. 81-90) reflete sobre o objeto diante de seu diálogo com a moral e a liberdade humana. Para ele, em sentido *latu*, a responsabilidade poderia ser compreendida como o efeito de suportar as consequências nefastas de uma atividade presidida pelo indivíduo, sendo uma evolução do que tradicionalmente vinha se aplicando ao tema. Todavia, moral e responsabilidade não seriam a mesma coisa, mas teriam o nascimento no mesmo ramo, que seria o princípio da liberdade humana, chegando a afirmar que “La responsabilité civile est, à la fois, l’expansion et la sanction de la liberté humaine”, ou seja: que a expansão e a sanção da liberdade humana configurariam a responsabilidade civil. Antes da existência de leis que regulam a vida em sociedade, a religião não atribuía a liberdade ao sujeito, uma vez que os resultados do mundo concreto estariam vinculados ao destino divino, sendo resultado da “vontade de Deus”. Ultrapassada a questão, foi possível focar no ideal de responsabilização junto ao alvedrio de agir, pois somente o humano livre pode escolher agir ou não. Entretanto, para o direito não cabe a análise se o sujeito é bom ou mal, posto não haver capacidade de averiguação dos verdadeiros sentimentos do outro, restando utilizar a moral quando responsabiliza criminalmente o cidadão, e na responsabilidade civil quando declara quem cometeu uma falta, sendo modesto, portanto, o papel da moral no direito positivo. É este pensamento de liberdade que vai vincular a culpa como um elemento necessário ao dano, inferindo que só as pessoas livres, que poderiam ter evitado o mal e não o fizeram, é que são responsáveis.

Em continuidade, reconhece que o pensamento da moral e da culpa vinculado ao entendimento de responsabilidade civil não são mais suficientes para definir o termo, haja vista que com a evolução da técnica o humano não possui capacidade de

dominar os resultados, o que culmina no reconhecimento do risco associado ao lucro como o “novo conceito de responsabilidade”, no intento de alcançar a justiça para situações de danos em que não se possa mais contabilizar o agir livre do agente. Portanto, é possível compreender que o conceito, para esta doutrina, está no dever individual de não lesar outrem com o agir livre, como uma obrigação que o indivíduo tem de responder por seus atos ou pelas coisas que são dependentes suas.

Buscando uma concepção que sobreviva a dualidade entre culpa e risco, Caio Mário da Silva Pereira (1992, p. 10-11) percebe que independentemente de haver culpa ou sem ela, onde houver subordinação de um sujeito à um dever de ressarcimento, através da lei, estaria ali a responsabilidade civil. Ressalta que o núcleo do objeto é a subordinação a um dever, ou seja: se o direito prevê um mandamento e ele não é respeitado, há a subordinação dos efeitos causados ao transgressor. Em outro viés, Orlando Gomes (2011, p. 58) compreende como uma relação obrigacional, quando expressa que “Praticado o ato, nasce, para o agente, a obrigação de indenizar a vítima, tendo por objeto prestação de ressarcimento. Na relação obrigacional constituída, o agente é devedor e a vítima, credor, tal como se entre os dois houvesse contrato”. Da explicação, subtrai-se o conceito de que a responsabilidade civil cria uma obrigação ao sujeito que causou o dano, para que ele repare o resultado de seu ato, configurando-se como uma sanção civil materializada em uma relação obrigacional, semelhante a um negócio jurídico, porém, sem a voluntariedade como requisito, nascido da ordem legal. Deste modo, para aquele, responsabilidade é subordinação ao dever imposto e, para o outro, é uma obrigação de reparação para quem causar um dano.

Em conceito apresentado pela doutrina argentina, pode-se destacar Feliz A. Trigo Represas e Marcelo J. Lopez Mesa (2004, p. 1-3), de que a responsabilidade seria o resultado de uma ação humana frente a um dever ou obrigação. Se o sujeito atua dentro dos preceitos que são esperados, não se é aplicado nenhum dever. Mas, se houver um resultado diante de uma violação de norma ou obrigação, resta ao sujeito suportar as consequências de seu ato, configurando-se, a responsabilidade, como um juízo de valor negativo sobre a conduta do sujeito que tenha violado um preceito, forçando-o a cumprir indiretamente a obrigação, por não ter previamente respeitado a original, transmutando-a em indenização.

Até aqui é possível deduzir que o tema em análise foca na individualidade do ato humano e no controle que deveria ter para com os resultados de seus atos. Porém,

com a evolução maquinária, não é mais o aspecto subjetivo do agente que vai preponderar nos conceitos, mas sua estrutura social diante da computação que aumentou a proporção do prejuízo, dificultando que se possa imputar culpabilidade aos humanos.

Dos civilistas brasileiros que apontam a dualidade entre o agir humano e a estrutura técnica, Carlos Alberto Bittar (1999, p. 1-2) aponta que responsabilidade civil é a medida existente para que haja defesa do patrimônio, da personalidade e da moral de quem sofre algum prejuízo, funcionando como um mecanismo de reação do lesado contra o agente causador do dano. Seu fundamento está relacionado à liberdade e racionalidade humana, havendo o dever de o sujeito assumir o ônus dos fatos praticados por ele, sendo, portanto, vinculado a possibilidade legal de cada um escolher seus atos. Para Sérgio Cavalieri Filho (2020, p. 10-14) a responsabilidade civil é o dever de reparar o prejuízo causado por alguém que descumpriu com seu dever originário de conduta social imposta pelo ordenamento jurídico. Configuraria como uma sucessão de deveres que nasce da violação de uma obrigação original de dever jurídico primário, nascendo a responsabilização do agente violador em recompor os danos causados.

Diferente destes, Nelson Rosenvald (2016, p. 21-32) considera que o tema já foi tido pela sua finalidade de reparação, punição ou precaução, a depender da época em que esteve em análise. Atualmente, ela teria todos estes desígnios a depender das exigências, posto o foco para a prevenção ao risco que a sociedade se encontra, por isso, o termo imputar está mais atrelado à responsabilidade do que a própria palavra reparação, o que leva a compreender que responsabilidade é imputar o resultado a alguém. Por isso, é proposto um caminho para que o objeto se afaste da moralidade inicial do conceito da culpa, também se afastando da solidariedade, segurança e risco, que são fundamentos modernos que alocam a vítima em centralidade, objetivando aplicar medidas para precaução e prudência, no caminho da prevenção para que não haja o dano, sendo este o percurso que a moral deveria vetorizar, no intento de justiça. É a forma de alocar o outro como objeto de cuidado, sendo uma mudança de posicionamento importante quando aplicada em uma sociedade tecnológica que vulnerabiliza a espécie. Em síntese:

A orientação retrospectiva que a ideia moral de responsabilidade tinha em comum com a ideia jurídica, orientação em virtude da qual somos eminentemente responsáveis pelo que fizemos, deveria ser substituída por

uma orientação mais deliberadamente prospectiva, em função da qual a ideia de prevenção se soma à ideia de reparação de danos já cometidos. Com base nisso, tornar-se-ia possível reconstruir um conceito contemporâneo de responsabilidade (ROSENVALD, 2016, p. 31).

Nota-se, por todos os conceitos apresentados, que há uma divergência na doutrina sobre o conceito de responsabilidade civil, que varia entre ser dever, ônus, obrigação ou mera imputação ao resultado negativo do ato humano.

Sobre o que é, há de concordar com a compreensão de ser uma obrigação de reparar oriunda do descumprimento de um dever imposto pela lei, sendo uma conduta que ofenda diretamente um direito ou mesmo que ofenda um interesse jurídico tutelado. O artigo 927 do Código Civil é direto em referir que se trata de uma obrigação de reparar nascida de um dano. O direito positivo cria ordens para que sejam cumpridas, não sendo conselhos, dicas ou advertências, mas trata-se de um comando direto que cria obrigações. Quando se viola um dever jurídico há o ilícito, nascendo outro dever secundário, que é o de reparar o dano cometido. “É um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico primário”. Sobre a obrigação, ela provém de um dever, e só há encargos se existir a compulsão de se cumprir com algo. O artigo 389 do Código Civil expressa que o não cumprimento da obrigação fará com que o sujeito responda pelas perdas e danos. Da mesma forma que existe a compulsão de dar, de fazer e de omissão, que podem ser estabelecidas pela vontade das partes em um negócio jurídico, há a obrigação de indenizar, prevista no já referido artigo 927 da lei civil brasileira, ou seja: tem seu nascimento não dá vontade das partes, mas de ordem legal, sucessiva, após a originária não ter sido cumprida ou respeitada (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 11-12).

Importante descrever que todo fato produz efeitos jurídicos, pois há incidência da norma à situação, diante da realidade de que as situações são amparadas pela Constituição e ela atribui valor ao fato que, uma vez concretizado, varia sua função segundo o interesse em que se encaixe. Fato é um, mas a qualificação quando à norma podem ser diversas e será ilícito quando contrário as cláusulas imperativas, ordem pública e bons costumes. Se há um interesse e ele é exercido através de um ato, o interesse deve atender não só ao indivíduo, mais ao de toda a coletividade, cedendo espaço para uma situação complexa de poderes, deveres, obrigação e ônus diante da solidariedade que o ordenamento constitucional atribui à situação. Por exemplo, em situação de propriedade, há o interesse do proprietário no usufruto de

seu bem e o da sociedade de que o objeto não ofenda interesses coletivos, como a sua função social. No caso, há relação entre interesses, entre situações subjetivas, dentre eles, deveres, obrigações, ônus e poderes (PERLINGIERI, 2002, p. 88-118).

Isso tudo é importante para compreender que os direitos e deveres originam-se da norma e é desta relação que Pietro Perlingieri (2002, p. 120) afirma que “Só existe um direito na medida em que existe um correlato dever e só existe uma obrigação e um dever na medida em que existam interesses protegidos que se substanciam no adimplemento daquela obrigação e daquele dever”. De tal sorte, é possível diferenciar entre direito subjetivo, dever, obrigações e ônus, que se ressaltam perante a relação jurídica que o sujeito se encontra para com o objeto ou outrem, sendo cada um diverso e importante para que se compreenda o significado de responsabilidade civil como sucessão de deveres que se consolidam na obrigação de indenizar.

O direito subjetivo seria aquele em que a lei atribui a oportunidade de o indivíduo exercê-lo através da sua vontade, mas não é um direito finalizado nele mesmo, posto que há na relação de deveres e obrigações que também estão presentes. Para o exercício do direito exige-se uma forma particular, muitas vezes caracterizada como obrigação de forma, ou um dever de não lesar outrem, ajustando que esteja em harmonia com a solidariedade que domina o ordenamento para que o direito subjetivo possa ser usufruído. Ao estabelecer-se um direito, há um interesse jurídico tutelado e que, por estar inserido no padrão social e solidário constitucional, há outros que também estão presentes e devem igualmente ser respeitados para a conclusão do interesse. Já o ônus, diferente do direito subjetivo, é a relação de exigir adimplemento por parte do outro da obrigação, em que o titular pode realizar o ato ou não, sendo instrumento para alcançar o resultado útil que deseja. A obrigação, por seu turno, é diversa do ônus, pois ela não é meio para que se possa efetivar um resultado, sendo uma imputação que, se não concretizar, poderá levar a uma sanção. Por fim, os deveres podem ser compreendidos como encargos ao poder conferido pela lei, em que do mesmo modo que é previsto uma possibilidade é, em contrário, imposto observações de condutas, formas e enunciados, para que se exerça o permissivo dentro dos padrões legais (PERLINGIERI, 2002, p. 120-130). Os deveres estão do lado oposto dos direitos subjetivos, na posição passiva da pessoa em praticar ou omitir um ato em vantagem do outro, sob pena de sofrer uma sanção; é a sujeição jurídica do polo passivo com o direito do lado ativo, que obriga o agir em favor desta

sob pena de exigí-la no Judiciário. Não está somente do lado contrário do direito subjetivo, mas do poder e do interesse e torna-se obrigação quando consiste em uma prestação de natureza patrimonial. A obrigação, diferente do dever, é a vinculação que une pessoas e que parte delas é obrigada a prestar algo de natureza econômica à outra (GUSMÃO, 2010, p. 272).

Da diferenciação entre todos os tipos que podem integrar as situações subjetivas, pode-se compreender que a responsabilidade civil é uma obrigação de ressarcir, pois se não efetivada leva a sanção do causador para que pague os efeitos de seu ato com seus próprios bens, que nasce, por sua vez, da não observação dos deveres oriundos do permissivo legal, do não cumprimento das imposições implícitas aos atos cometidos pelo agente, deduzindo ser este o conceito do tema. Não há que se atribuir origem no direito subjetivo, posto não se tratar de situação em que há vontade do agente, tão pouco como ônus, pois a responsabilização não é uma obrigação para se alcançar outro fim, restando à obrigação oriunda da violação de um dever como a que mais enquadraria à situação.

Quanto a função, em que há defensores de ser mera reparação e outros de que existe uma finalidade punitiva e preventiva, o mesmo artigo 927 do Código Civil estabelece que se trata de reparação ao dano causado por ato ilícito. Em convergência com a lei, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da república e a solidariedade social como um princípio (Art. 3º, inciso I), denotando a visão de que a responsabilidade é um fator de restituir prejuízos em prol do humano e da solidariedade, com a função de reparação à vítima (TEPEDINO *et al.*, 2020, p. 2). Pode-se acrescentar o disposto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal (1988), que garante indenização em face de danos materiais e morais sofridos por alguém.<sup>5</sup> Conclui-se que há nítido foco do legislador para a reparação ao ato ilícito, onde a punição não parece acompanhar a função da responsabilidade.

Como menciona Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 263), a responsabilidade civil é para reparar prejuízos oriundos do dano indenizável, e apenas em casos excepcionais se reconhece o caráter punitivo, para o fim de servir de

---

<sup>5</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º, inciso X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

exemplo para uma resposta à sociedade em condutas específicas que causem relevância coletiva ou que tenha potencial de atingir muitas pessoas.

Compreendido, portanto, que a responsabilidade civil é o meio pelo qual a norma vetoriza equilibrar situações sociais, atribuindo a obrigação de reparar ao indivíduo que não cumpre com seu dever e cause danos a outrem, é importante demonstrar a evolução que ela teve em seus elementos, na busca de ressarcir a vítima, no qual o dano, o nexo de causalidade e a culpa foram moldados, principalmente o último que foi substituído pelo reconhecimento do risco e solidariedade em vários casos específicos (TEPEDINO *et al.*, 2020, p. 2-3).

Assim, em sequência, será analisada as diferenças entre a responsabilidade fundada na culpa, dita subjetiva, e a responsabilidade objetiva, que se estabelece no risco e segurança esperada do negócio ou pela vontade do legislador, tendo a solidariedade como fundamento, como se verá em sequência.

### **2.3 Responsabilidade Subjetiva**

O conceito de responsabilidade civil descrita no tópico anterior destaca a função de equilíbrio e harmonia social que a norma busca alcançar ao impor o dever de não lesar outrem e a obrigação de ressarcir àquele que desrespeite o dever imposto e cause danos. Em vários conceitos mencionados foi possível observar o elemento culpa como fator de composição para que o ressarcimento seja obrigação, fazendo concluir que a subjetividade do causador é um elemento do objeto em estudo, configurando o tipo de responsabilidade denominado de subjetiva.

Antes de adentrar ao seu entendimento, é importante que se conheça a evolução do objeto para que se compreenda seu significado, e é a partir disso que José de Aguiar Dias (1997, p. 16-17) pondera que a responsabilidade, demonstra-se dinâmica, mudando sua compreensão através de gerações, não sendo possível estabelecer uma doutrina unitária e permanente, pois é variante diante da posição histórica em que o pesquisador se encontra. Aliás, para que haja uma flexibilização suficiente e permita que o objeto se adapte as novas realidades, há que permitir sua evolução, principalmente diante dos avanços tecnológicos que, uma vez utilizado para funções diversas na sociedade, contempla múltiplas colocações e dinamismo coletivo.

Dessa afirmação é possível reconhecer que o tema engloba aspectos sociais evolutivos e isso não é facilmente acompanhado pelo direito, haja vista sua qualidade

de mutação dispendiosa, sendo a obrigação de ressarcir um elemento jurídico que demanda conexão com o meio em que se insere, posto sua função de paz coletiva, ficando claro que os elementos da responsabilização vão também necessitar de modificação conforme a necessidade dos tempos e do estado da arte e técnica, pois só assim a finalidade será alcançada.

No que tange ao início temporal, é possível perceber que a responsabilidade não integra o direito, fazendo parte da vingança privada. Nesta fase todo mal que era provocado tinha como resultado imediato a reação bruta por parte da vítima, que agia dentro do instinto humano espontâneo, como uma reação animalesca ou explosão de sentimento, sendo a justiça feita pelas próprias mãos do sofredor, ficando a reparação na forma instintiva e reflexa, configurando-se em uma resposta desordenada do ofendido. Após, com a elevação de um pensamento voltado à composição à critério da vítima e, em posterior, com a Lei de Talião, foi transferido a possibilidade de desagravo para o ideal de “olho por olho, dente por dente”, descrito nas XII Tábuas, como uma tarifação ao valor da pena, já em um contexto de inteligência social ascendente (LIMA, 1963, p. 20-22). Se, atualmente, como se concluiu em subtópico anterior, tem-se que a finalidade da responsabilidade é a reparação, nesta época o contexto era de pena e punição.

Na sequência, há o período da composição fundado na filosofia de que a retaliação causa mais danos do que resultados satisfatórios, tornando o acordo a forma de alcançar melhores consequências ao grupo. O legislador, neste ponto histórico, atribui a sanção de recomposição como forma de equilíbrio, substituindo a desforra, compelindo a vítima a aceitar o que é fixada pela autoridade. A vingança gera vingança e o humano descobre que a compensação econômica tem atrelado o sentimento de satisfação tanto quanto vingar-se, porém, sem que gere um maior caos social, sendo mais benéfico, e é neste ponto que o ouro substitui o castigo corporal, com o Estado taxando situações que deveriam ser consoladas. “[...] a composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória e, ao demais disso, tarifada”. Essa tarifação era prevista nos Códigos de Ur-Nammu (Suméria) e no Código de Manu, da Índia (SILVA, 1962, p. 33-40).

Não há, nestes tempos, a diferenciação entre reparação e pena, que só iria surgir em Roma, local em que ocorre a evolução da justiça punitiva para a retributiva, emergindo a divisão em delitos públicos mais graves, perturbação à ordem e os delitos privados, em que o Estado apenas fixa a composição para evitar o conflito. A *Lei*

*Aquília*, influenciada pela filosofia e ideal grego, foi a legislação que primeiramente apresentou a noção de culpa como espécie de “calculadora da obrigação de ressarcir”, para haver a composição privada dos danos, visando a reparação, porém, diferente dos moldes atuais, apegava-se na expressão estrita da lei para imputar um resultado a alguém, recebendo a nomenclatura de “Culpa Aquiliana”. Para este direito não existia pena sem lei e ela só era aplicada se demonstrasse que o causador transgrediu uma regra legal, com vontade. Sem violação voluntária não haveria reparação (DIAS, 1997, p. 17-20). Esse regulamento compunha-se de três capítulos em que havia referência a casos concretos, mas, diferente da Lei das XII Tábuas, era possível perceber uma generalização diversa da tarifação, possibilitada pelo *damnum injuria datum*<sup>6</sup> e sua aplicação mais extensiva, que fomentou a construção da responsabilidade extracontratual, diante do fato que versava sobre a destruição da coisa alheia sem que tivesse motivo legal, consistindo no direito do proprietário pedir ressarcimento ao causador do mal que, posteriormente, estendeu-se aos titulares de direitos reais e aos possuidores (LIMA, 1963, p. 22-23).

Observa-se, contudo, que ainda não havia uma verdadeira avaliação subjetiva sobre o ato que ocasionou danos. Para Wilson Melo da Silva (1962, p.44) a culpa romana seria mais uma espécie de causalidade objetiva do que culpa em si, pelo fato de quando o direito romano prevê a injuria, ela não se iguala ao entendimento de culpa, pois o dano inferido a alguém e que se outorgava o direito à reparação era aquele em que a parte lesante não tinha o direito de agir, pois a lei o obrigava a posicionar-se de forma certa, o que é diferente do conceito atual, que tem a liberdade como um dos parâmetros.

Então, a possibilidade de que houvesse uma forma de metrificar o agir humano, caracterizado no descumprimento da lei, sem avaliação subjetiva do comportamento do agressor, culminava por punir apenas prejuízos que estivessem materializados, pois, do contrário, era impossível para a vítima comprovar que houve alguma situação que pudesse ser imputado a um agente, sem que o dano fosse visível. Haja vista o motivo, houve uma evolução legislativa e temporal no sentido de medir a real conduta do agente agressor, valorando seus atos de forma subjetiva, denominando-se de valoração de culpa, e é no Código de Napoleão que a prática foi incorporada e irradiada para todas as legislações ocidentais.

---

<sup>6</sup> Dano produzido pelo ferimento ou injúria (Tradução nossa)

É da avaliação da conduta humana voluntária, denominada de culpa, que emerge o elemento da responsabilidade, originada da teoria Clássica. Para ela, só responde o autor do dano quando preencher as condições para que exista a imputação da obrigação de ressarcir, que são: a existência de um dano, a culpa do autor e o nexo de causalidade entre eles. A culpa é, neste tipo, elemento primário da responsabilidade (SILVA, 1962. p. 37).

Encontrado a razão da obrigação de ressarcir, resta o questionamento do que é efetivamente o elemento que calcula a participação e ingerência do causador do dano na situação e, neste caminho, René Savatier (1945, p. 93-101) afirma que o direito francês a avalia dividindo-se em dois pontos: o primeiro é o dever violado e o segundo é a imputabilidade dessa violação a um agente livre que deveria cumprir com seu dever.

Sobre o primeiro, há uma avaliação do conteúdo de forma objetiva, pois só há falha se houver contrariedade ao direito, podendo ser uma falha contratual ou uma falha delitual ou “quase delitual”, que são derivadas da lei. Porém, não só obrigações legais configurariam o conteúdo, incluindo os deveres morais na avaliação, como o de não mentir e o de não causar mal ao próximo, que uma vez violados tipificariam no elemento. O segundo ponto é a avaliação moral do ato da pessoa, uma vez que, usufruindo de sua liberdade, decide agir de forma injusta ou imprudente a ponto de ultrapassar as condições que se poderiam permitir. É a aferição de que o agente tomou as precauções devidas para que o resultado danoso não fosse alcançado ou se agiu sem limites legais e morais.

Por outro viés, Henri Mazeaud e Léon Mazeaud (1977, p. 60) entendem que aquele sujeito que tem um comportamento irrepreensível não pode ser condenado pelo dano que causou. Para que haja culpa, é necessário um ato derivado não apenas da vontade da parte, mas um ato em que o sujeito não observou os preceitos de prudência e cuidados necessários para fazê-lo, configurando pela negligência e imprudência do causador. O que se percebe deste entendimento é que não necessita de uma violação objetiva à ordem legal, diante do fato que agir com imprudência ou negligência são fatores que mensuram a subjetividade, mesmo que seja, em origem, legal, e além disso, aquele que mesmo não tendo à vontade age em situação de desleixo para com a situação pode-lhe ser imputado a obrigação ressarcitória.

Para Alvino Lima (1963, p. 62-76) o elemento seria como um erro de conduta que é moralmente imputável a quem deu causa e que não o faria se fosse uma pessoa

avisada em iguais circunstâncias. Sua compreensão é oriunda da diferenciação que faz entre culpa *in abstracto* e *in concreto*. A abstratamente considerada seria o tipo pelo qual alguns avaliam que a conduta deve ser apreciada de forma como agiria outro humano diligente, nas mesmas circunstâncias em que está o agente, posto a dificuldade de determinar as conjunturas de cada caso sobre o que é agir com prudência e diligência, atribuindo a figura do *bônus pater familiais* como parâmetro. Enquanto a concretamente estabelecida seria o tipo pelo qual a culpa deve ser aferida segundo a consciência própria do autor do dano, medindo seu íntimo e, pelo comparativo, o objeto melhor se explicaria pela abstração de “uma pessoa média em iguais circunstâncias”.

Em outro viés, Caio Mário da Silva Pereira (1992, p. 69-71) afirma que o ponto de partida para compreender o tema é averiguar se há violação a uma norma preexistente que quebra a harmonia social. Daí, a voluntariedade adentra ao espectro, entendida não como vontade dirigida (dolo), mas esperada e previsível. Se o indivíduo agiu sem observar à obediência à norma, comete erro de comportamento e é essa a definição da culpa: um erro de conduta contrário à norma geral ou mesmo as normas de um contrato (que faz lei entre as partes), sendo um conceito unitário.

Ponderando sobre os posicionamentos e analisando sob o ângulo do Código Civil brasileiro, é possível deduzir que a lei nacional aderiu à noção de que necessita o elemento volitivo do agente para que caracterize a obrigação de indenizar, alocando-a no artigo 186, expressando que comete ato ilícito quem, por ação ou omissão, age com negligência, imprudência ou imperícia, violando direito e causando danos a outrem<sup>7</sup>. Nota-se que há uma ordem objetiva que remete a contrariedade ao ordenamento jurídico no termo “violando o direito” e, ao mesmo tempo, há enfoque no subjetivismo de quem agiu, com o termo “age com negligência imprudência ou imperícia”, remetendo à avaliação da conduta.

No que tange a avaliação, negligência é a omissão em se comportar de forma a evitar danos; imprudência é o procedimento comissivo e apressado, irrefletido e afoito, que poderia ser evitado se houvesse mais cuidado; imperícia é a falta de habilidade no desempenho das funções técnicas, convergindo estes três em um viés

---

<sup>7</sup> Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. 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.

psicológico e ético que se pretende aplicar ao dever de indenizar (TEPEDINO *et al.*, 2020, p. 103-105)

Com efeito, há no artigo 186 estrito vínculo subjetivo de conduta, que prevê a culpa como uma violação a um dever preexistente pela vontade do agente, manifestada consciente e livre, onde o resultado danoso era previsível, demonstrando um juízo moral de censura ao comportamento, o que causa a imposição da obrigação de indenizar pelo dever legal.

Sobre a exteriorização da vontade no agir, pode-se estabelecer três bases para sua existência: o primeiro, já afirmado, é a necessidade de um comportamento direcionado ao resultado, ou assumindo o risco em não cumprir com o dever de cuidado; o segundo é a previsibilidade do prejuízo, em que o indivíduo deve ter consciência que aquilo seria possível; o terceiro é a violação a um dever de cuidado, em que o agente deve ser diligente em suas ações para não causar prejuízo a outrem (STOLZE; GAGLIANO, 2012, p. 176). Destoa a visão liberal-individual na situação, em que se pune aquele que faz mau uso da liberdade, o que justificaria a oportunidade de os particulares atuarem até o limite de sua autonomia privada (SCHEREIBER, 2012, p. 12) e isso leva ao reconhecimento da atribuição de valores à conduta voluntária, previsível e descuidada que viola dever jurídico originário, conforme descreve o artigo 186 do Código Civil.

Compreendido o que seria o tipo subjetivo, deve-se, em continuidade histórica, referir que a culpa causou dificuldades ao julgador e às vítimas, pois ela, juntamente com a prova do nexos causal, já foi chamada de filtro da responsabilidade civil, pois a comprovação do agir voluntário e descuidado do outro não é simples e sem ele não há imputação (SCHREIBER, 2012, p. 17-18). Essa dificuldade foi crescendo conforme as novas tecnologias foram se introduzindo na sociedade, com ascensão da vulnerabilidade da vítima, que tornava impossível comprová-la, causando o apelido de “prova diabólica”. Ressalta-se que: “A vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que confortar-se com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo” (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 49).

Por este motivo, a jurisprudência e a doutrina foram objetivando novamente o tema, mas, de maneira diversa dos tempos da vingança punitiva em que se taxava quando haveria o dano, mudando a direção para os padrões médios de comportamento. É daí que surge a diferença já explanada sobre a culpa “*in abstracto*”

e “*in concreto*” e, no ponto, pode-se referir que Alvino Lima (1963, p. 57-75) faz uma diferenciação entre ato ilícito e culpa, reconhecendo que ato ilícito é um fenômeno complexo que gera obrigações e que surgem quando estão reunidos seus pressupostos, enquanto a outra é elemento seu, da categoria responsabilidade civil. Mas, mesmo sendo diferentes, uma integra a outra e, diante disso, para aferir se há a utilização da liberdade em demasia, causando danos, apresenta-se o parâmetro do bom pai de família, que é a medida do homem regular diante de uma situação similar, a configurando quando o resultado danoso é além do comportamento esperado pelo indivíduo médio. Assim, têm-se “a primeira objetivação” do elemento para que seja possível aferir sua incidência, sendo está a “*culpa in abstracto*”, diferente da análise concreta da subjetividade do causador do dano, caso a caso, que torna dispendioso a produção da prova, sendo a “*culpa in concreto*”. De maneira sintética, Rui Stoco (2001, p. 97) expressa que no tipo concreto, há avaliação da falta de diligência no agir do indivíduo, levando-se em consideração como ele agiria com sua coisa própria, enquanto na abstrata avalia se o comportamento está condizente com o que tomaria um homem médio.

Entretanto, não apenas essas duas teses possibilitaram a mudança de paradigma da culpa, havendo outras, como a padronização em *standard* de comportamento, denominando de culpa normativa e que acaba com a investigação da vontade do agente para observar se o agir está condizente com o que prevê a norma. Afere se o comportamento está adequado ao *standard*, levando-se em consideração como agiria um homem que conhece os padrões de conduta. “[...] a aferição da culpa é realizada por meio da comparação entre o arquétipo de conduta esperado diante da específica situação delineada e o comportamento efetivamente adotado pelo agente” (TEPEDINO, *et al.*, 2020, p. 106-107). A culpa neste tipo não é mais apreciada em abstrato, mas em concreto, levando-se em consideração as diligências que uma pessoa normal nas mesmas situações poderia agir (LÔBO, 2021, p. 144). A concepção normativa baseia-se no juízo de erro na conduta, pois, quando não há uma norma específica, há um dever jurídico de comportamento proveniente do “não lesar ninguém”. “É um desvio de modelo de conduta representado pela boa-fé e pela diligência média [...]”. É uma forma de aferição do grau de reprovação social representado pelo comportamento concreto do ofensor, se este corresponde ao *standard* objetivo de adequação. A culpa continua a ter papel fundamental, porém, sua aferição se torna objetivada aos modelos standardizados. “Através da nova

concepção, existirão tantos modelos de diligência quantos forem os tipos de conduta [...] presentes no contrato humano, de modo que os parâmetros, entre tipos, serão variáveis [...]” (MORAES, 2003, p. 211-213).

O que se compreende é que a maneira padronizada de aferição do comportamento pode levar a desconsiderar o elemento culpabilidade do próprio significado de responsabilidade. Com a norma buscando nivelar situações em que há injustiças, a própria natureza do direito que se busca proteção muda de dimensão, saindo da subjetividade e alcançando a técnica. Não bastasse, pode-se trazer outra nomenclatura à situação padronizada, como a “culpa contra a legalidade”, que são existentes em legislações que preveem *standards* de comportamento técnico, como a lei de trânsito. Nesta também há a presunção de culpa do agente causador do dano, que violou uma norma objetivamente descrita na lei (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 50-51).

E não para nisto, pois focando na técnica processual, legal e jurisprudencial, apresentou-se a culpa presumida como outro mecanismo utilizado para favorecer a vítima, modificando o ônus probatório que deverá, neste tipo, ser provado pelo agente causador do dano, que tem de comprovar que agiu dentro dos parâmetros de comportamento esperado para que não seja condenado. Essa, inclusive, significou caminho para a objetivação, em que não se perde o elemento culpabilidade ainda do radar, mas que advoga em favor da vítima e a necessidade de ressarcimento (PEREIRA, 1992, p. 261-264).

Os modelos objetivados, estandardizados e as técnicas de “diminuição da culpa” fizeram com que a prova fosse realizada pelo agente causador do dano, que deverá comprovar que agiu conforme estipulado pela lei, sob pena de responsabilizar-se pelo resultado. Entretanto, com esta nova fórmula, a noção foi se afastando da moral, diante de não se analisar se o sujeito agiu em conduta reprovável, mas se atuou contrário ao comportamento médio previsto na norma. A realidade é que todas estas técnicas não foram capazes de prover a devida reparação para situações em que há dano, principalmente nas circunstâncias em que o risco depreende maior vulnerabilidade da vítima. Por este motivo, os civilistas voltaram-se para a boa-fé objetiva, oriunda do direito contratual, na ânsia de encontrar o comportamento leal, probó, em que a parte menos vulnerável deve cooperar para que a outra não se lesione, sendo fonte criadora de deveres jurídicos, concluindo, Anderson Schreiber (2012, p. 31-48), que a culpa resulta em apenas um dos possíveis critérios de

imputação da responsabilidade, sem deixar de existir utilidade para outros padrões que não a possuem como núcleo, como, por exemplo, a responsabilidade objetiva. Assim, vê-se que com a evolução pode haver responsabilização sem que haja o elemento culpa: “[...] conforme o fundamento em que se dê a responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano” (GONÇALVES, 2016, p. 48).

Apresentados todos estes pontos, infere-se que o direito brasileiro mantém o elemento como essencial à responsabilidade civil, como denota o artigo 186 do Código Civil. Entretanto, há algumas situações em que não é necessário haver culpa para que haja a responsabilização, tratando-se de situações “excepcionais” na lei, apesar de já serem em grande número e que podem ter importância quando se trata de danos oriundos de novas tecnologias, como se verá à frente.

#### **2.4 Responsabilidade Objetiva: Legal e Pelo Risco**

O elemento culpa foi criticado por doutrinadores que compreenderam as dificuldades em demonstrá-la nas situações modernas, ocasionado pela inclusão de máquinas e tecnologias que dificultam reconhecer se houve vontade no agir humano, o que embaraça auferir se a conduta foi negligente, imprudente ou imperita, culminando em não haver ressarcimentos, haja vista a extrema dificuldade em se provar que o causador agiu com culpa, permanecendo a vítima sem a correspondente reparação.

É perceptível e foi ponto de meditação o fato de que o direito evolui de maneira vagarosa quando comparado aos anseios sociais, inclusive no tocante a introdução das tecnologias digitais e virtuais. Na contramão, a obrigação de ressarcir se mostra uma das poucas situações em que os profissionais do direito e a própria justiça busca atrelar ao contemporâneo, seja pelas técnicas da “objetivação da culpa” já elencadas, ou na ânsia de encontrar uma nova forma de caracterizar o elemento. Porém, nem mesmo a culpa abstrata, culpa normativa ou contra a legalidade, além da culpa presumida, puderam prover resultados de todo satisfatório, considerando-se a perda do poder de ingerência humana em situações de uso de tecnologias, na evolução empresarial e do trabalho.

Com a finalidade de resultado mais satisfatório à vítima e, conseqüentemente, para a própria sociedade, o sistema de responsabilidade evoluiu a ponto de retirar a

culpa como elemento, criando o tipo denominado de responsabilidade objetiva, sendo fruto da doutrina e jurisprudência que foi paulatinamente notando situações empresariais e econômicas que causam riscos ao sujeito, distinguindo que nestas situações os elementos são a possibilidade de produzir danos, o nexo causal e o dano indenizável, não exigindo a culpa para a configuração (TEPEDINO, *et al.*, 2020, p. 113-114). Os olhares da justiça estenderam-se para a vítima, para o dano em si, e não mais para a análise anímica da pessoa que estava violando o dever originário imposto pela norma, iluminando a devida reparação:

O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação e não interior e subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão somente os problemas de reparação de perdas. O dano e a reparação não devem ser aferidos pela culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva (LIMA, 1963, p. 120).

A industrialização e maquinação adentraram a vários aspectos do comportamento, e a mudança para focar na reparação é uma maneira de valorizar o humano. Inclusive, ressalta-se, que na internet as condutas econômicas prevalecem, o que seria, em tese, argumento para que o enfoque seja na vítima de situações danosas ao invés das condutas dos agentes virtuais, porém, o que se deve ter elucidado perante o aspecto técnico da rede (subtópico 1.2) é que há atores com finalidades tão específicas e complexas que apenas a mudança de holofotes da responsabilidade não é suficiente, sob pena de ocasionar maiores danos.

Mas, historicamente, é possível aferir que um dos primeiros passos jurisprudenciais para a objetivação, segundo Wilson Melo da Silva (1945, p. 158-159), teria ocorrido em virtude da evolução à teoria do risco, em que a Justiça reconheceu na teoria da culpa na guarda da coisa que os elementos de culpabilidade não bastavam para elidi-la, pois, no fundo, a responsabilidade estava ligava ao simples fato de perder o pertence que estava sendo guardado. Em situações desse nível, não haveria culpa nenhuma, e o fato de a jurisprudência imputar o dever de ressarcir seria unicamente pelo risco da guarda.

Este foi o caminho que reconhece o risco e sua conseqüente objetivação, lastreado pelo ideal de solidariedade que as Constituições ocidentais do século XX estavam implementando, fruto da evolução dos tempos, advinda das conseqüências nefastas do individualismo exacerbado. O ideal libertário irradiado pela Revolução

Francesa e reconhecido no Código de Napoleão, em que estabelecia a culpa como elemento para que houvesse a obrigação de ressarcir, provinha do fundamento do direito em apenas duas fontes: a vontade expressa da lei e a vontade individual, sem comunicação entre elas. Entretanto, vencidos os tempos em que se acastelava a liberdade sem igualdade e solidariedade, reconhece-se o homem como integrante do coletivo, do social, com leis e resultados normativos que proporcionem uma melhora coletiva, inclusive nos direitos tidos como individuais, e é neste sentido de procura por um valor social que a responsabilidade objetivada foi evoluindo, na prospecção dos interesses sociais e não apenas os interesses simples e particulares vinculados à autonomia privada (SILVA, 1945 p. 240-259).

A Lei nº 10.406/02- Código Civil- promoveu em grande parte a “socialização do direito privado” e, diferente de suas antecessoras, utiliza de cláusulas gerais, de significado genérico e abstratos para que os julgadores preencham seus valores. Essas cláusulas são postas pela lei para que tenha justiça diante das novas organizações societárias e das novas economias; legislar por meio delas é a maneira de deixar ao intérprete, que no caso é o juiz, a adaptação da imposição legal às situações de fato e, juntamente aos princípios, servem de meios para se alcançar o alvo que o legislador almeja (PERLINGIERI, 1999, p. 27-28).

No que tange aos princípios, o Código Civil dispõe de alguns para nortear as interpretações das cláusulas gerais, dentre eles o da socialidade, que “reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais” (GONÇALVES, 2013, p. 43) e que busca exprimir, de forma genérica, os impulsos da “Era Contemporânea”, fundado no alcance da justiça social e no respeito ao humano (DINIZ, 2016, p. 67). Pietro Perlingieri (1999, p. 35-37) destaca que o solidarismo que se espera deve ser voltado ao pleno desenvolvimento da pessoa, na busca de uma igualdade e dignidade social em detrimento do pensamento eficiente promovido pelas defesas individualistas de grandes produções.

A modificação de caminhos que seguia o direito civil, saindo do foco do indivíduo para a pessoa, carrega consigo o papel político do direito, que não está separado do contexto histórico em que se encontra, politizando e aproximando o ramo público do privado. Acaba-se o reino do individualismo e agrega-se o valor da solidariedade (NEGREIROS, 2006, p. 10-11), e é por esse motivo que a Constituição Federal de 1988 parametriza o uso de cláusulas gerais e o princípio da solidariedade apresentado no Código Civil de 2002, redefinindo a divisão que existia entre direitos

públicos e privados, apresentando como fundamento em seu artigo 1º, a Dignidade da Pessoa Humana (III), a Solidariedade Social (Art. 3º) e a Igualdade Substancial (Arts. 3º e 5º), sendo estes os valores que devem ser auferidos também no direito privado (GONÇALVES, 2013, p. 44-45).

O que se percebe, é que o direito se adequou à realidade da sociedade, onde a máquina ocupa a posição que o humano estava em tempos antigos. Ao invés de um humano produzindo, a tecnologia o faz em rapidez e esforço muito menor e não há como saber até onde foi à vontade quando há um acidente de trabalho ou um acidente de trânsito. Mais denso fica a situação quando se trata da ascensão da sociedade da informação, com a digitalização de bens e serviços, irradiando o uso tecnológico para todas as coisas e situações. Só com o pensamento solidário para com o próximo é que será possível que haja uma forma de justiça, e o direito privado permitiu isto, ao inculcar aspectos públicos, irradiado pela boa-fé e função social, que originam luz para a responsabilidade objetiva.

O Código Civil brasileiro, no artigo 927, parágrafo único,<sup>8</sup> estabeleceu a responsabilidade do tipo objetiva, usufruindo da cláusula geral para inferir que quando há riscos a culpa não integra o objeto. Mais além, o legislador optou por objetivar situações em que julga necessário o ressarcimento sem culpa do sujeito e sem que haja o risco, fundamentado pela solidariedade e complexidade de algumas situações, o que torna dual as possibilidades de responsabilidade sem culpa: a primeira quando há desequilíbrio entre as partes, fundada no risco, e a segunda pela necessidade específica da situação, para assegurar a reparação (TEPEDINO *et. al.*, 2020, p. 114).

Sobre o risco, a não taxatividade do que seria gera dificuldade jurisprudencial e doutrinária em sua definição. Alvino Lima (1963, p. 121-124) explica que as primeiras teorias para o compreender chamava-se de “risco integral” e versava apenas pelo fato do agir, mesmo se o dano fosse involuntário, alocando os interesses coletivos em preferência. A partir do prejuízo é que se averiguará a necessidade de reparação. Além dela, há a denominada “teoria do risco criado”, que tem como régua as múltiplas atividades exercidas pelo humano que provenham ganhos e benefícios para alguns e que podem ser mais danosas para outros, considerando que não é digno que a vítima não receba os benefícios e arque com os riscos do que não concorreu.

---

<sup>8</sup> Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Artigo 927, parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Além desses, pode-se referir a “teoria do risco profissional”, que seria uma subespécie da teoria do risco integral, qualificada quando o dano for fruto de um ato realizado por uma pessoa que tem técnicas e conhecimentos específicas para o caso. Outro é a “teoria do risco proveito”, sendo sujeito a reparar outrem aquele que ganha algo com a atividade, levando ao questionamento do que seria o “proveito” diante de que toda atividade tem um fim, caindo a teoria em um plano mais palpável ao estabelecer que seria ganho pecuniário ou riqueza (PEREIRA, 1992, p. 277-284).

No país, para Caio Mario da Silva Pereira (1992, p. 268-276), antes da reforma legislativa de 2002, o melhor conceito de risco que se adequaria ao que o ordenamento pretende é a vinculada ao resultado danoso de qualquer atividade que venha a causar danos a outrem, incluindo conduta oriunda da profissão. Como argumento, entende que a lei impõe o dever de reparar independente de culpa em situação de acidente de trabalho, aos bancos, ao dono de animal, estrada férreas e até para o Estado, tratando de uma situação excepcional. Em outro viés, Anderson Schreiber (2012, p. 22-25) entende que o legislador pretendia se referir a atividades que efetivamente carregam consigo um padrão de risco mais elevado do que os perigos comuns, ela tem o escopo de impor responsabilização com base no elevado risco produzido por certa atividade, o que não se verifica em qualquer espécie de prestação de serviço, só quando há alta probabilidade de dano. Já, para Sérgio Cavalieri Filho (2020, p. 195), o que se pretende expressar é que o “Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando isso dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente”, o que causa um questionamento de quais atividades são “perigosas”, apresentando a resposta que são as de “dever de segurança”, que se contrapõe ao ideal de afoitamento.

Por outro lado, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 189), em debate sobre qual o tipo de risco o legislador estaria se referindo na cláusula geral, demonstram uma posição tendente a atribuir risco a toda atividade que, com regularidade, seja potencialmente nociva ou danosa ao direito de terceiros e que em troca o indivíduo receba algum proveito, que em geral tem natureza econômica: um risco proveito.

Ha quem defenda que o fato de o sujeito exercer uma atividade habitual que pode gerar danos é o que importa à objetivação da responsabilidade pelo risco, pois não é razoável admitir que a autorização para exercer alguma atividade importe em considerar lícita a lesão a direitos de terceiros. Wilson Melo da Silva (1945, p. 290-

291) em posição histórica mais distante dos outros aludidos autores, debate sobre o sentimento de injustiça que seria não atribuir imputação aos que se beneficiam com os resultados de situação de risco, pois, se é inegável o ganho que várias cadeias de produção e a sociedade em geral auferem com a introdução de máquinas, o mesmo acontece quando reconhece que este que aceitou o arrojo é responsável por indenizar o prejuízo.

E, assim, a teoria do risco, de todas, seria a que melhor se aproximasse do ideal e isso por fazer atribuir ao aumento do evento o encargo da reparação por um motivo de superior interesse social. Nem sempre o dano decorre da culpa. E sem dúvida que entre a teoria individualista, condutora, na espécie e em nome da lógica jurídica, a uma total irressarcibilidade e a teoria outra que, por considerações de ordem social, levasse o agente a uma reparação, esta última seria a preferível (SILVA, 1945, p. 293)

Após compreender as teorias e a defesa de cada posição trazida pelos pesquisadores, ao tentar dar uma resposta à qual tipo de risco o legislador estaria abrangendo com a cláusula geral do parágrafo único do artigo 927, nota-se que seria a teoria do risco criado a que mais se adequaria à situação, diante do fato dela levar em consideração a intensidade do risco produzida pela atividade do agente, uma vez que se consideram algumas atividades mais perigosas do que outras. As demais teorias não parecem adequar-se ao contexto efetivo solidário, pois, o ganho econômico, por si só, não pode ser motivo para afirmar que uma atividade é ousada, tão pouco o ideal de atividade que não traz segurança, haja vista que em maior ou menor grau toda atividade pode ter um resultado ruim. No mesmo caminho há a interpretação do Enunciado nº 38 da I Jornada de Direito Civil que descreve:

responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade. (BRASIL, 2012, n.p.)

Entendida a objetivação pelo risco, deve-se ponderar sobre a segunda hipótese, que é a derivada da vontade do legislador em estabelecer responsabilidade sem culpa, diante do solidarismo que emana do fundamento constitucional e que se aplica ao direito privado.

Há situações complexas que demandam um olhar mais apurado do legislador

para que tenha o resultado da justiça e, por este viés, é que a codificação civil nacional tomou a estrada de que, em alguns casos, a objetivação é pela lei. Antes mesmo do “Novo Código Civil” (Lei nº 10.406/02) já existiam leis especiais que previam a responsabilidade sem culpa e que o Código, por sua vez, rompeu com a orientação do anterior e consagrou essas em seus registros (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 187-188).

Existem várias objetivações pela vontade do legislador e, de acordo com o destaque de Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 50), remete-se aos artigos 936, 937 e 938 do Código Civil, dentre outros, enfatizando o artigo 933<sup>9</sup>, que expressa que pais, donos de hotel, curadores e empregadores respondem independente de culpa pelos danos causados às pessoas das quais têm o dever de cuidar, ressaltando que não necessariamente há risco, apenas vontade do legislador.

Ao entender que a responsabilidade do tipo objetiva deriva do risco e da vontade do legislador, na busca pelo ressarcimento atrelado ao fundamento de solidariedade, deve-se notar que há responsabilidades que podem aplicar o tipo objetivo ou subjetivo, a depender do exame da atividade e situação que se quer a regulação, como ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18) que, sem embargo de outras, são leis que tipificam tipos distintos de responsabilidade para situações de internet, em específico aos provedores de aplicação, como se verá à frente.

## **2.5 Danos na Internet**

Após serem apresentados os conceitos de responsabilidade civil e seus tipos subjetivos e objetivos, há de se analisar o que é o elemento dano, uma vez que é presente em ambos. Indo além, também serão ponderados sobre as especificidades da internet que modificam alguns padrões ordinários do prejuízo, o que culmina em alargar as potencialidades prejudiciais no âmbito da rede.

Com o interesse social e econômico na troca de dados e informação, as práticas virtuais de permuta de conteúdo têm importância não apenas para os sujeitos,

---

<sup>9</sup> Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Artigo 933: As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

mas para o coletivo, que legitima o meio informático para alcançar os anseios do conhecimento. Por assim ser, o corpo normativo deve garantir o exercício de direitos na web, para que os interesses sejam preservados, e, em caso de violação, mesmo que tenha um sujeito incerto, ou mesmo que o tempo do acontecimento não esteja claro, quando o lugar de cada envolvido seja extremamente distante, ou que seja utilizado meios computacionais para finalidades distintas da boa-fé, haverá lesão, motivo pelo qual há de se reconhecer o dano na web e seus detalhes.

### **2.5.1 Danos**

O conceito de dano pode ser variável, a depender do núcleo que se estabelece como irradiante do elemento, alterando entre compreensões de ser uma lesão a interesse patrimonial ou extrapatrimonial; prejuízo a bens materiais ou imateriais; prejuízo a interesse jurídico ou ao próprio direito; lesão à bem jurídico e lesão à direito subjetivo, conforme doutrina que se apresentará, sem deixar de refletir que existem outros que não serão apresentados.

Trata-se do elemento essencial para a responsabilidade civil, pois, se a finalidade é reparar, há de existir algo para que se repare, e é neste viés que para Henri Mazeaud e León Mazeaud (1977, p. 293-423) o tema versa sobre algum resultado pessoal de prejuízo, em que o titular é o indivíduo. Aliás, seu pressuposto é formal e amplo, compreendendo diversidade, abarcando desde o homicídio até uma ferida leve, pois todos estão submetidos a mesma lei e, portanto, são prejuízos contrários ao que a norma protege. No que se refere ao dano material, compreendido como aquele que tenha alcançado o interesse econômico do sujeito, sendo interesse aquilo que está em acordo com o direito certo e a moral, leva-se em consideração a situação da vítima antes e depois da ação para ser mensurado: se houve diminuição patrimonial de alguém em detrimento do ato de outro, contrário ao direito e a moral, há dano material. Já, o dano moral, seria aquele cujo interesse lesado não tem conteúdo econômico, não é pecuniário, envolvendo a parte imaterial dos empenhos legais e morais do indivíduo, o que leva a dedução de que dano é a lesão a interesse normativo e moral, de cunho patrimonial ou imaterial de outrem.

Para além da lesão, José de Aguiar Dias (1944, p. 283-302) prefere a expressão prejuízo, que é o resultado da lesão e que seria suficiente para restringir o dano. Esse só importa ao direito uma vez que seja sofrido por outro e não pelo próprio

causador. Dividem-se em dois: os prejuízos patrimoniais e os imateriais, sendo considerados como o resultado auferido ao final da cadeia causal, que deverá ser certo. Para ele a expressão interesse não satisfaz o conceito do tema, pois leva em consideração valores pessoais, extraordinários das coisas, e isso torna o dano incerto e incapaz de informar seu significado. Quando se trata de dano moral, por exemplo, o dano não está na natureza do bem, direito ou interesse lesado, mas no efeito do prejuízo determinado. Não bastasse, a finalidade de reparação do dano deve ser pensada se será natural ou econômica, sendo a primeira a que repara mediante a troca ou restituição ao estado anterior dos fatos, enquanto a outra mensura pecuniariamente o resultado, para que se possa ressarcir o que foi danificado.

É possível observar dentre os primeiros conceitos da doutrina referida uma diferenciação entre lesão e prejuízo. Deduz-se que prejuízo é o resultado de uma lesão cuja raiz está na economicidade do que foi lesionado, diante da certeza de que o prejuízo é o resultado negativo de algo, em valor. Quanto ao termo lesão, parece estar mais atrelado ao fato de que algo não possui mais a estrutura intacta de como era antes, mesmo que não tenha economicamente diminuído ou alterado, e isso, por si só, não diz o que é o dano, apenas infere que alguma coisa foi danificada de forma natural ou econômica e, conseqüentemente, não o explica, mas detalha o estado. Destaca-se que o artigo 403 da lei civil utiliza a expressão prejuízo como elemento das perdas e danos, mas, para que ele exista, antes, deve ter efetivado a lesão.

Diante destas diferenciações, na tentativa de dizer o que é que foi lesionado e pode ter sofrido prejuízo, Caio Mario da Silva Pereira (1992, p. 37-54) entende que dano é uma lesão ao direito ou interesse configurado em um “bem jurídico”, compreendendo o termo de maneira ampla, sendo a finalidade que o sujeito ativo de uma ação judicial de perdas e danos busca evitar, saindo da ideia de prejuízo, que está atrelada à patrimonialidade, podendo atender a reparabilidade do dano extrapatrimonial, mantendo a necessidade de ser atual, certo e subsistente, não importando a sua quantidade. José de Aguiar Dias (1944, p. 285) questiona o termo “bens jurídicos”, julgando-o impreciso, pois refletiria uma expressão vaga sobre a situação, diante de “bem” ser algo que satisfaça a necessidade humana tanto quanto aos acontecimentos do mundo natural e o estado individual da pessoa, e isso não condiz com seus atributos, pois eles são modo de ser e não o bem em si.

Ao procurar a natureza da expressão “bem jurídico”, torna-se, novamente, ao ideal de patrimonialismo adstrito à expressão, posto que “bem” leva consigo a

conotação do que é valioso para uma determinada sociedade, e transforma-se em “jurídico” no momento em que o direito, acompanhando os anseios de proteção daquilo que é importante para o grupo social, venha a tutela-lo. Daí, se extrai que todas as tutelas que o direito prevê são bens, o que fica fácil de perceber quando se trata dos corpóreos e a economia atrelada, mas não é de todo simples quanto aos imateriais, havendo de ser refletido sobre a situação de seu uso dentro da relação jurídica. Pietro Perligieri (2002, p. 237-239) pondera que os bens imateriais são mensurados quanto a sua utilidade social e se é merecedora de tutela, estando a análise da utilidade vinculada ao interesse do indivíduo ou da sociedade. A tutela, por sua vez, é modificada conforme o sujeito que a requer, o lugar em que se encontra e o conteúdo do que deseja, apresentando o exemplo da informação, que é tutelada pelo ordenamento, sendo um bem jurídico, mas, se ao analisar o contexto em que está situada notar que se trata de uma notícia obtida por meios ilícitos, ou de conteúdo privado, ou que o sujeito que a emite não tem essa permissão, a tutela deixará de existir e, conseqüentemente, não é mais protegido pelo ordenamento. Nesse todo, se considerar que dano é lesão a “bem jurídico”, retiraria a análise da relação jurídica para atribuí-lo a toda ocasião que envolva o uso dos bens, mesmo que o uso seja ilícito, e isso talvez não seja coerente.

No que tange dispor do conceito de dano aos resultados de uma ação que podem ser mensurados de forma econômica, culminaria em não explicar o dano moral, que repercutem na esfera “não pecuniária”, como pondera Yussef Said Cahali (2011, p. 18-21), ao promover críticas sobre os que tentam, por negatização, dizer que o dano moral é o contrário de patrimonial, abnegando da natureza ética e valorativa do que foi danificado, que, por sua vez, é encontrada no direito e nos interesses que irradiam sobre os valores da norma. Por esta razão, se mostra importante a diferenciação entre a natureza jurídica e econômica do resultado danoso. Segundo artigo 403 do Código Civil, perdas e danos abrangem os lucros cessantes e o prejuízo efetivo, devendo utilizar como forma de aferição não o contexto jurídico em si, que pode englobar bens patrimoniais sem que haja efetiva perda de valores, utilizando-se do patamar econômico que é o capaz de contabilizar sobre o que se perdeu ou o que se deixou de ganhar com o resultado da lesão, mediante operação comparativa da situação real da riqueza (FISHER, 1938, *apud* AMARAL, *et al.*, 2014, p. 17-18). Não bastasse, o artigo 402 do mesmo Código também refere ao preceito econômico, quando expressa que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que

ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”, confluindo que dano patrimonial se mede pela pecúnia. Destaca-se que: “O sistema de reparação específica corresponde melhor ao fim de restaurar, mas a indenização em dinheiro se legitima, subsidiariamente, pela consideração de que o dano patrimonial acarreta diminuição do patrimônio e este é um conceito aritmético” (DIAS, 1944, p. 297).

Do outro lado, os extrapatrimoniais parecem ter seu resultado na diminuição do estado anímico que está atrelado à qualidade do homem, não na economia. Diante disso, o dano moral tem sua indenização calcada na compensação financeira pelo mal causado, impondo a obrigação de pagar certa quantia em favor do ofendido enquanto agrava o patrimônio do causador (CAHALI, 2011, p. 38). É pela finalidade de compensação que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos V, X, XLIX, aloca a possibilidade de que o dano moral seja indenizável e que se mantenha íntegro, já que por sua natureza não tem a pecúnia vinculada aos resultados, restando a contrapartida em dinheiro como meio de trazer benefícios ao lesado que não poderá ser reconduzido ao estado anímico anterior.

Entendido a natureza econômica do dano patrimonial e compensatória do dano moral, volta-se a análise do que é o objeto, e foi a busca de descobrir se o dano é um ato contrário ao direito que fez surgir estudos da responsabilidade civil a partir de atos ilícitos, tendo em vista que pela teoria subjetiva só haverá responsabilidade se houver violação a dever originário pela vontade livre e desimpedida do sujeito, que, por sua vez, dará motivo para a imputação da obrigação de ressarcir. Contudo, como já se apresentou anteriormente (subtópico 2.4), há várias situações em que há danos mesmo que não seja contrário ao direito, fundamentado pelos valores solidários, humanos e interesses que a própria sociedade almeja promover na norma, o que permite que ocorram violações tanto em situações ilícitas como lícitas, não havendo, portanto, danos apenas em atos originalmente ilícitos.

Partindo deste reconhecimento, Luiz Rodrigues Wambier (1988, p. 27) denomina o dano como situação resultante de ato ilícito ou lícito que cause desvalorização patrimonial da vítima, mesmo em relação a interesses não apreciáveis economicamente, ao mesmo tempo em que Rui Stoco (2001, p. 94) concebe a doutrina de que não há responsabilidade sem danos, inferindo que se trata de um prejuízo. De lado diverso, Sérgio Cavalieri Filho (2021, p. 88) reflete que prejuízo seria o resultado do dano patrimonial, da mesma forma que dor, vexame, sofrimento e humilhação são resultados do dano moral, convergindo em focar na natureza do que

foi lesado, concluindo que o dano é um o resultado do ato de outrem sob um bem ou interesse juridicamente tutelado. O que se percebe desta ponderação é que interesse e bem lesados seriam o núcleo do dano, em mesma posição de significância.

Todavia, já se ponderou sobre bem e foi possível galgar o resultado de que não é suficiente para explicar o dano, enquanto o interesse, do contrário, parece integrar o conceito, inclusive pelo motivo de o artigo 186 do Código Civil descrever que quem violar direito comete ato ilícito, estando o interesse em convergência com a ordem jurídica.

No que se refere especificamente ao interesse, é possível compreendê-lo como aquele em que se pode valer dos remédios de ordem jurídica para que ocorra. Essa é uma redução feita por José de Oliveira Ascensão (2002a, p. 106-110) que o divide em individual, em que a proteção se dedica à pessoa; do Estado, que versa sobre a qualidade pública; coletivos, entendidos como os gerais de uma comunidade; corporativos, que versam sobre instituições; difusos, cujo núcleo está na noção de que cada um integra o coletivo e que determinados interesses são indispensáveis para a vida humana coletiva.

O interesse diferencia-se com o direito subjetivo, pois versa sobre a intensão protegida para determinado ato que não se coaduna com uma possibilidade objetivamente expressa no ordenamento e, mesmo assim, garante a reação contra as violações mediante pedido de indenização. O direito de ação para galgar uma tutela não se encontra apenas subordinados aos direitos subjetivos, havendo legitimação para defesas dos interesses, sendo cabível sua defesa por meio da ação judicial (GUSMÃO, 2010, p. 267).

De tal modo, pode-se compreender que os interesses são os intensões de proteção que o direito atribui à pessoa, ao coletivo, as instituições e à comunidade em seu âmago subjetivo, levando-se em consideração a situações em que se encontra o sujeito perante a estrutura jurídica criada para protegê-lo. Isso leva a reconhecer que se o interesse integra o direito, e há o dever original de não lesar o outro, conseqüentemente, quando o interesse for violado por atitude de outrem sucede a obrigação do autor ressarcir o que causou, confirmando que o interesse tutelado integra o conceito de dano. E, em efeito, há de ponderar que não está a tratar de um interesse somente econômico, mas que deva estar condizente com a estrutura jurídica criada para protegê-lo, e que não se conserva em um direito subjetivo, que é diferente de interesse e tem nele seu motivo.

Cabe a sociedade estabelecer as situações de justiça e igualdade para permitir que a vítima transfira os efeitos negativos sofridos ao causador e Konrad Zweigert e Hein Kotz (2002, p. 600-667) vão conjecturar sobre a diferenciação entre a posição dos juristas da *common law* com os de origem romanesca, para perceber se há o dano. Nos de justiça comum há investigação sobre o caso específico para averiguar se há situação a ser ressarcida, independentemente de sua relação com a norma, atrelado ao contexto da obrigação, enquanto os europeus atentam para a cláusula geral, tentando encontrar coerência com os sistemas normativos em que se insere, procurando no nexos das atividades a ligação para com a violação do ordenamento. Destarte, para os de origem romana, o dano não pode ser considerado mera perda econômica, pois ele pode estar atrelado a meios além, haja vista que existem situações que a pecúnia não pode ser mensurada, cabendo à sociedade estabelecer as condições entre o resultado danoso e o nexos de causalidade para imputar a obrigação de reparar, e, por esta razão, o dano extrapatrimonial toma corpo, junto ao interesse de sua proteção pelo ordenamento jurídico.

No caminho de procurar as condições para que se atribua o dever de reparar, em que se vê na ligação entre o ato e o resultado, Massimo Bianca (2002, p. 977-983) pondera sobre o uso do interesse legítimo para explicar o dano e conclui ser uma proposta que mascara o direito subjetivo, posto que, afundo no interesse pretendido na relação, está inserida a situação subjetiva, e que prepondera em situação de danos, pois a proteção jurídica que deve existir na relações privadas, mesmo que sejam interesses, culminam por refletir um direito subjetivo.

Nestas condições, em que parte existem doutrinas que entendem haver a prevalência do direito subjetivo para que haja o dano, ao invés do interesse, há de se diferenciar entre os dois: O direito subjetivo é entendido como inequívoco de quem tem um dever a cumprir, que se dividem em absolutos ou relativos, sendo o primeiro dependente da determinação do dever de respeito à ordem jurídica, enquanto o outro da possibilidade, havendo em comum que são correspondentes e, por razão, um dever é oriundo do direito, e esse só existe pela intersubjetividade social humana, promovendo, assim, uma ligação direta de existência para com o outro (LOTUFO, 2003, p. 41).

O interesse na tutela jurídica parece ser anterior ao direito subjetivo, pois todo direito emana de um empenho reconhecido pelo legislador, que buscará mecanismos para ser efetivo. Para tanto, em algumas ocasiões, estipula uma estrutura funcional

para a concretude daquele afinco, que era apenas substância, traduzindo-se em um direito subjetivo que, para sua finalidade, tem um interesse atrelado. Para que se compreenda o direito subjetivo deve-se voltar ao indivíduo e sua posição concreta e de vantagens, sendo diverso do direito genérico:

O direito subjetivo é assim uma posição individual e concreta que assegura um círculo de autodeterminação, no sentido de uma atuação livre para a prossecução de interesses próprios ainda que por interposição de uma vontade alheia. [...] Podemos defini-lo como uma posição concreta de vantagens de uma pessoa individualmente considerada resultante da afetação de meios jurídicos para permitir a realização de fins que a ordem jurídica aceita como dignos de proteção (ASCENSÃO, 2002a, p. 78-80).

Confirma-se a posição de mecanismo para atingir o objetivo do indivíduo através da faculdade que o sujeito tem de exigir o cumprimento de uma obrigação para satisfazer o seu interesse; quando é lesado, cabe ação judicial como forma de obter a tutela de seu direito (GUSMÃO, 2010, p. 266). Nas explicações de Francisco Amaral (2018, p. 287-288), o direito subjetivo é o poder conferido pela norma jurídica para agir ou exigir de outrem atitude para determinado fim. Quanto a diferenciação com o interesse:

[...] No direito subjetivo a tutela é direta e imediata, no sentido de que seu exercício pelo respectivo titular dispensa outros pressupostos. No interesse jurídico, a sua tutela não depende do titular mais de uma outra situação mais proeminente e do comportamento discricionário de um sujeito diverso (AMARAL, 2018, p. 308).

Portanto, confirma-se a diferenciação entre os dois elementos que formam o dano. Sobre a situação jurídica, ponto em que deve ser analisado a existência do interesse e do direito subjetivo, ela já foi referida anteriormente (subtópico 2.2) e se reforça neste momento ao descrever que o direito é composto por normas que evidenciam valores de uma sociedade, tentando prover regulação. Uma vez que ocorre o fato previsto na norma, nasce uma relação jurídica que, por sua vez, é composta pela intersubjetividade de seus partícipes, em que se divide o lado ativo e o passivo. Várias normas podem aplicar-se a um mesmo fato ou apenas um, a depender do número de normas que se referem aquele acontecimento. Uma vez que há um enfoque legal sobre algum, esse atrai para si uma relação de dever, obrigação, ônus, poderes, interesses e direitos subjetivos entre o agente e outro, a depender da posição que cada um está na relação, que pode ser um indivíduo ou a coletividade, sempre

promovendo uma posição passiva e outra ativa (LOTUFO, 2003, p. 128-147). A relação jurídica é o próprio direito, uma vez que a forma jurídica é a relação social. Ela só existe quando está vinculada à lei e é definida como “o vínculo que une duas ou mais pessoas, decorrente de um fato ou de um ato previsto em norma jurídica, que produz efeitos jurídicos, ou, mais singelamente, vínculo jurídico, estabelecido entre pessoas, em que uma delas pode exigir de outra determinada obrigação” (GUSMÃO, 2010, p.258-271).

É da análise da relação que se consegue notar a posição específica de seus partícipes, que se denomina *status* e é donde decorre o “confronto” entre o direito subjetivo com o dever, direito subjetivo com a obrigação, poderes e deveres, ônus e deveres, interesses tutelados e deveres, sendo está a situação subjetiva do sujeito, que é, portanto, oriunda da relação jurídica e onde destaca-se os interesses e direitos subjetivos.

Para Emilio Betti (2008, p. 19-27), a situação é vista como uma resposta que o ordenamento dá aos fatos jurídicos que vão se concretizando. Os fatos constituem, modificam ou extinguem poderes e vínculos, qualificações e posições jurídicas, advindo uma relação jurídica que com um novo fato modifica as estruturas anteriores, surgindo uma situação nova que é ligada a anterior. Elas se consistem em determinadas qualificações que as normas atribuem as pessoas, coisas ou atos, promovendo o *status*. Para ele, a relação jurídica seria uma espécie da situação jurídica, sendo uma posição diferente da que se vem apresentando e compreendendo, pois não considera a situação como originado da relação, mas como uma espécie dela. Contudo, mesmo sendo uma compreensão diversa, ainda é possível conceber a importância da situação em que se encontram os sujeitos para que se determine a posição ativa e passiva na relação, e é nela que pode-se observar se existe direitos subjetivos ou interesses tutelados.

Ao compreender o que é o interesse e o que é o direito subjetivo, pode-se deduzir que o dano é o resultado da lesão causada por outrem a eles, configurada no prejuízo. Ora há lesão aos próprios direitos subjetivos conferidos pela norma a um indivíduo, ora será lesionado um interesse que está de acordo com os valores jurídicos e morais da sociedade e que não se concretiza em direito subjetivo, em um mandamento específico. Nessa proposta, Paulo Lôbo (2021, p. 150-151) descreve que dano é a ofensa de natureza patrimonial ou extrapatrimonial à esfera jurídica de outrem que se tornou protagonista do tema, podendo ser atual ou futuro, sendo aquele

que já ocorreu ou que inevitavelmente irá ocorrer. Esfera jurídica que abarca os direitos subjetivos e os interesses.

Dos juristas contemporâneos que entendem que o dano é lesão a interesse tutelado encontra-se Gustavo Tepedino (2020, p. 29-30) quando conceitua como lesão a qualquer interesse digno de tutela, de ordem material e ordem moral. Anderson Schreiber (2012, p. 106-108) também compreende assim, acrescentando crítica àqueles que defendem que o dano é simples prejuízo econômico ou emocional, pois, deste arranjo podem surgir decisões conflitantes e absurdas na sistemática jurídica, havendo uma vantagem em compreendê-lo como interesse protegido pela ordem, pois concentra-se no objeto atingido e não sobre as consequências que a lesão possa vir a causar. O dano patrimonial, pela economicidade associada, acaba por refletir em matéria o que foi lesado. Contudo, quando se trata de moral, ela tem efeitos distintos em cada pessoa, fazendo com que o termo interesse juridicamente tutelado proporcione uma investigação da natureza do que foi lesado, para que se possa auferir se há tutela ou não. Para avaliar se há o dano, ele apresenta a técnica da ponderação entre os interesses em conflito: o primeiro passo seria a aferição, em abstrato, para averiguar se é protegido por alguma norma do ordenamento; no segundo realiza-se a ponderação para constatar se o interesse do indivíduo lesante é igualmente merecedor de tutela; no terceiro procura-se uma regra legal de prevalência entre os interesses e em caso de não haver nenhum que prevaleça por ordem legal, haveria um último passo que cabe ao Poder Judiciário, em concreto, analisando a situação à luz do ordenamento, reconhecer o interesse preponderante. Em sendo o empenho da vítima preponderante por regra legal ou por ponderação do Judiciário, este seria o dano indenizável (SCREIBER, 2012, p. 161-168).

Portanto, reconhece-se o dano como o resultado da lesão a interesse juridicamente tutelado e a direito subjetivo, sendo elementos diferentes e que são destacados da situação subjetiva que cada um está na relação jurídica em que se encontram. O artigo 186 do Código Civil descreve que dano é violação à direito e, pelo nexo dedutivo, se o âmbito jurídico é composto de relações que, por sua vez, existe em razão da intersubjetividade dos sujeitos em posições ativas e passivas, há, nestas, direitos subjetivos e interesses tutelados. A lesão aos interesses é o reflexo do ato de outras intensões permitidos pelo direito, em conformação a um indivíduo determinado e que não são concretizadas em um direito subjetivo, que, por sua vez, são as “armas” concretamente atribuídas pelo ordenamento para que o indivíduo alcance o empenho.

A título de elucidação de seus tipos, o dano material é lesão jurídica indenizável pelo fundamento econômico, com a necessidade de aferição pelo parâmetro do que “se perdeu ou deixou de ganhar”, utilizando de contabilidade para perceber sua diminuição, enquanto o dano moral tem sua configuração na lesão ao interesse ou direitos que versem sobre as integridades e valores imateriais humanos, havendo a compensação financeira para o resultado danoso.

No que tange à internet, é possível constatar que por ser um meio de comunicação que reflete o espaço ordinário, os interesses irradiados pelo ordenamento e os direitos subjetivos estão nas relações ali existentes, havendo, assim, danos patrimoniais e extrapatrimoniais que podem ocorrer no local, a depender da natureza do que é lesado, não sendo possível referir sobre todos, tendo em vista o aumento de situações lesivas e dos interesses alcançados com as novas estruturas tecnológicas e seu uso nas mais diversificadas finalidades.

### **2.5.2 Elementos técnicos e os danos na internet**

O dano encontra “um novo mundo” com a massificação da tecnologia de comunicação e a internet, que aumentou as interações sociais e adicionou técnica própria às relações, mutando elementos que o direito tinha como basilares para aferir o prejuízo, demandando especial atenção à arte virtual nas elaborações legislativas, para que haja proteção aos interesses e direitos subjetivo no ciberespaço.

O advento da era tecnológica tem consigo um aspecto técnico latente e que exprime a possibilidade humana de produzir os bens que necessita, sendo o progresso um reflexo da tática utilizada pelo coletivo, estando incluído a internet nesta noção. Se hoje, através da técnica, é permitido fazer e ocorrer vários atos na web, há nestes uma modificação de sua essência, consolidada em *bits* e culmina em prover resultados positivos e negativos, destacando o mau uso, que pode elevar ao dano (CARVALHO, 2014, p. 2-11).

Em específico, quanto aos elementos que se diferenciam na rede, destaca-se “o espaço sem território físico”, onde as situações perpetuam-se em um plano virtual, autônomo, que funciona sob suas próprias regras, formado por *bits*, maleável, oriundo de uma arquitetura que define e modifica os códigos. A desterritorialização tem consigo a qualidade de não possuir uma autoridade central, constituindo-se sem

hierarquias e com anonimato, sendo um local atemporal e transnacional (LORENZETTI, 2004, p. 29-34).

A falta de território implica que não haja uma jurisdição diante da inexistência de uma autoridade determinada para sancionar o indivíduo que cause danos. É comum que um sujeito localizado em um continente possa, por intermédio da rede, lesar o interesse jurídico ou o direito subjetivo de outro que esteja em continente diverso, tornando a aplicação da reparação discutível à luz das jurisdições e aos próprios valores que cada sociedade busca resguardar, posto a incerteza do local onde o ato ocorreu. Aliás, essa qualidade promove discussões mais profundas quando um determinado interesse ou direito é protegido por uma nação e por outra não, como é o caso, por exemplo, da liberdade de expressão, que tem conteúdo específicos em países ocidentais influenciados pela Revolução Francesa e diferentes em outros, que não aceitam que toda e qualquer ideia possa ser veiculada pelos meios de comunicação, levando ao conflito de qual interesse estaria sendo violado quando um cidadão brasileiro, v. g., tem cerceado acesso às informações pelo governo norte coreano, que não tutela a liberdade de expressão na mesma proporção. Nesta hipótese, o conflito de jurisdição causa discussão sobre a própria existência do dano, que como já se discutiu em subtópico anterior, tem no ordenamento jurídico os caminhos para auferir se o ato de não permitir acesso à informação é prejudicial ao indivíduo.

Outro elemento é o tempo, que na internet é diverso do natural, onde não há dia ou noite, existindo uma rapidez que distorce qualquer distância física, restando ao direito observar que isso influencia no dano, haja vista que a cláusula geral de responsabilidade tem no nexa a maneira de medir se um ato leva a um determinado resultado. Em um milésimo de segundo um acontecimento no mundo virtual pode lesar inúmeras pessoas ou pode ser que surja outro tão rápido quanto, que quebre a cadeia de causas, ensejando uma elaboração legislativa e jurisprudencial que reconheça esse aspecto que influi diretamente no prejuízo, e que, talvez, a título de reflexão, necessite de arquiteturas que possam medir ou contabilizar as quebras de causa para que haja um reconhecimento direto no causador do dano.

O terceiro elemento que a internet modifica é o sujeito, que é indeterminado, de difícil individualização, havendo um anonimato perigoso e que ocasiona danos na rede, tendo em vista que há internautas que se aproveitam da circunstância anônima para lesar outros sem que seja identificado facilmente, como, por exemplo, em

situação de fluxo de dados que podem ser capturados e utilizados sem conhecimento e consentimento de seu titular, ensejando dano moral pela lesão à personalidade; risco de difusão de notícias que também podem lesar a personalidade do indivíduo, ou, simplesmente, pela divulgação de opiniões que extrapolam a liberdade, configurando-se a rede mundial de computadores em um local de liberdade e vulnerabilidade do sujeito (LORENZETTI, 2004, p. 43-48).

Por todas as referidas características do lugar, tempo e do sujeito, nota-se que para atribuir a devida atenção aos danos, o ordenamento deve estar apto a vencer as características imutáveis destes, dando maior destaque, sem prejuízo dos outros, ao sujeito. É no âmbito das relações comerciais na web, principalmente de consumo, que a qualidade de anonimato são mais aparentes e Cláudia Lima Marques (2004, p. 52-55) pondera sobre, refletindo que vão desde a dificuldade do consumidor em experimentar o produto; da possibilidade de não recebimento daquilo que foi negociado; da perda do valor que foi pago; da vulnerabilidade, manipulações e exposição a falsas ofertas; risco de que dados sensíveis sejam utilizados para violar a privacidade e intimidade dos consumidores, além de outros.

Assim, percebe-se que a dificuldade em saber do sujeito e do objeto são meios pelos quais o direito do consumidor, do negociante e do internauta são mais susceptíveis de lesão pelo aspecto anônimo do ambiente, que promove insegurança. Aqui já é possível refletir que há danos patrimoniais e extrapatrimoniais no ambiente, configurando-se em razão da natureza do direito lesado, fazendo com que o jurista tenha que enfrentar a questão diretamente, apegando-se ao conhecimento da prática virtual para que consiga uma resposta condizente com os padrões de justiça esperados.

E não só dos elementos que foram narrados que há a insegurança, também ocorrendo com as práticas técnicas do ambiente, como invasão de *crakers* em sites para tirar proveitos ou arditosamente prejudicar alguém com as informações obtidas; interceptação de e-mails; coleta não autorizada de dados pessoais e confidenciais; utilização de senhas pessoais de acesso; utilização de dados de compras dos usuários; uso de códigos maliciosos, como “vírus”, cavalo de tróia, *worms*, *spywares*, *keyloggers*, *bots* e *rootkits*, os quais têm a possibilidade de causar danos ao usuário para obtenção de favorecimento ilegal (MARTINS, 2008, p. 181-208).

Em contrapartida, embora haja a insegurança atrelada a todas as qualidades já destacadas (local, tempo e sujeito), não é só do ato ilícito que há o dano, pois ele

pode ocorrer mesmo em atitudes lícitas, e que, por ponderação aos interesses contrapostos, são ressarcíveis, como ressalta a técnica proposta por Anderson Schreiber (2012, p. 161-168) e que já foi descrita anteriormente (subtópico 2.5.1).

Neste caminho, a liberdade de expressão, a livre iniciativa na web, a vigilância, dentre outras situações lícitas que não são possíveis de serem enumeradas, também promovem prejuízos quando ultrapassam a razoabilidade e, através da ponderação, afere-se não ser aceitável deixar de ressarcir o lesado pela direta violação ao seu interesse ou a um direito subjetivo. Como exemplo, quando há uso da liberdade de expressão em excesso, ultrapassando os limites do interesse à tutela da personalidade e da honra de outrem, haverá o dano e a obrigação de ressarcir.

Para um resultado satisfatório, ao direito convém adequar-se a esta realidade e já existem vários juristas que defendem o surgimento do “direito digital”, sendo uma proposta de solução ao problema, configurando-se como uma evolução que abrange os princípios fundamentais e institutos já existentes, incluindo neste rol a responsabilidade civil e o direito civil como um todo, adicionando as peculiaridades do virtual pelas variadas áreas jurídicas, mas sem a necessidade de existência de um direito específico, criando meios que refletem as mudanças culturais e comportamentais apresentadas pela tecnologia (PINHEIRO, 2016, p. 81-83), prevalecendo as garantias constitucionais.

Em visão política, Stefano Rodotà (2008, p. 165-179) crê que deixar o local sem um regramento é um erro, pois as garantias constitucionais devem ser preservadas, uma vez que a rede é um espaço constitucional, necessitando de reflexão para que não se configure apenas em práticas comerciais e delimitem o internauta simplesmente como consumidor:

A Internet é um imenso espaço público e não deve ser nem privatizado nem colonizado. Mas quais as forças que podem redefinir este espaço, quais recursos políticos que estão presentes neste espaço e quem pode utilizá-los? A internet não é mais o espaço da liberdade infinita, de um poder anárquico que ninguém pode domar. Hoje, é um espaço de conflitos, onde a liberdade é apresentada como inimiga da segurança; onde os argumentos da propriedade contrastam com aqueles do acesso; o livre pensar desafia a censura; a participação real dos cidadãos refuta as enganadoras miragens da democracia plebiscitária.

Justamente porque local de conflitos, a Web deve encontrar as suas regras, deve produzir suas próprias instituições de liberdade. Confiar o seu futuro à ausência de qualquer regra, de fato, só aparentemente constituiu a melhor das garantias (RODOTÀ, 2008, p.169).

Deduz do apresentado, que com a importância dada ao aspecto da personalidade inerente a atos que ocorrem na web, juntamente à necessidade de permanecer como um local livre e democrático, é adequando que as leis regulem o mundo virtual de maneira a respeitar suas características, provendo segurança aos usuários e mantendo as garantias constitucionais, sob pena de o espaço tornar-se mera continuidade do mercado.

Quanto ao dano, como violação à direito subjetivo ou interesse tutelado pelo ordenamento, ele existe no âmbito virtual e deve ser compreendido à luz de um espaço sem geografia certa, com tempo diverso do físico e que tem um sujeito incerto, cabendo reconhecer que é intento do cidadão que seu direito seja preservado neste espaço, cabendo à norma atribuir as ferramentas certas para tal finalidade.

## **2.6 Responsabilidade Dos Provedores Pelo Código de Defesa do Consumidor**

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, muito embora não seja uma legislação criada com o viés de proteção para situações que ocorrem apenas no âmbito virtual, possui especial responsabilidade para fornecedores e prestadores de serviço e pode ser imputada aos provedores de conexão e de aplicação de internet em caso de haver relação de consumo entre eles e o internauta, seja de maneira onerosa ou gratuita.

A defesa do consumidor é prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 170, inciso V<sup>10</sup>, e, pelo comando descrito no artigo 48 do ADCT<sup>11</sup>, houve a criação de lei especial para tratar sobre o tema e prover eficácia ao preceito constitucional. Em seu tempo, é uma legislação avançada pelos institutos que apresentou. Sua circunstância de elaboração foi pautada por modificações de postura ideológica do Legislativo, que apresentou arranjos intervencionistas para defender o consumidor, significando a saída do pensamento de igualdade formal entre fornecedor e consumidor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 311-312).

---

<sup>10</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa de 1988. Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
inciso V: defesa do consumidor;

<sup>11</sup> BRASIL, Constituição. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 48: O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Da mesma maneira que as leis civis procuravam formas de reparação para danos ocorridos em situações modernas, em que há risco na atividade e necessidade solidária de focar na pessoa lesada, a legislação de consumo eliminou a necessidade de aferir a culpa para reparar os danos por fatos e vícios de produtos e serviços (GONÇALVES, 2016, p. 288). O viés do legislador foi entender que a tecnologia crescente vinha tornando o cidadão “escravo dos resultados”, sem que o ferido pudesse se defender e provar a culpabilidade de quem o lesou, superando a dualidade da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, posto a “desindividualização” dos produtos e serviços ofertados e a “despersonalização” dos atores da relação de consumo (TEPEDINO *et al.*, 2020, p. 226).

A regra objetiva implica que o fornecedor prove que o resultado não é oriundo de sua atividade, ou que houve alguma quebra nonexo de causalidade entre sua conduta e o resultado. Não bastasse, o Código estabeleceu a possibilidade de inversão do ônus da prova, quando for verossímil o pedido e quando a parte for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência (BITTAR, 2002, p. 5-7). “Tal opção visa facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em prol da reparação integral dos danos, constituindo um aspecto material de acesso à justiça” (TARTUCE, 2020, p. 126).

Pode-se mencionar que houve a aplicação da teoria do risco proveito para a imputação da obrigação de ressarcir (subtópico 2.4), compreendendo que é aquela atividade em que quem exerce e auferes benefícios econômicos com o ato deve responder pelo resultado negativo que causar, não lhe cabendo apenas os bônus. Aparenta ser a teoria condizente com a vontade do legislador quando impõe que o fornecedor e o produtor respondam sem culpa pelo risco que sua atividade crie aos seus respectivos consumidores, não individualmente visados, mas em sua coletividade, pois se eles lucram com o que vendem, ganham com o bem, também devem ressarcir em caso de danos, o que é convergente com o solidarismo emanado da Constituição Federal perante o fato de que não seria justo deixar que o consumidor fique sem ressarcimento depois de depositar sua confiança naquilo que lhe foi ofertado, sob pena de tornar o indivíduo escravo da situação, sendo papel do direito prover armas para que os seus se defendam de práticas que aviltem contra a sua própria existência.

Em análise específica sobre os artigos 12 a 17 da lei, é possível perceber que fato está vinculado a falhas na segurança, e todos os participantes da cadeia de

fornecimento devem responder por este resultado, independentemente de culpa, para que repare os danos causados por aquilo que eles mesmos fabricaram. Os artigos são claros, expressos, não deixando dúvidas que há imputação objetiva do dever de indenizar em casos de danos por defeitos de produtos e serviços (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 323).

Analisando o artigo 18 a 25, nota-se obrigação de ressarcir ante situação de vício do produto ou serviço. Vício é a ponderação de que a qualidade ou a quantidade do bem ou serviço não corresponde com as que realmente se espera ou com as que estão sendo ofertadas por meios publicitários, tornando inadequado para o uso a que se destinava. A responsabilidade, nestas situações, decorre do vício inerente aos bens e serviços, sendo o evento danoso *in re ipsa*, ou seja, o dano é presumido (GONÇALVES, 2016, p. 291).

Ao examinar os atores da internet, nota-se que o provedor de aplicação e de conexão tipificam como fornecedores de serviços, à luz do artigo 3º da lei, pois configuram-se em pessoa jurídica que produz, cria e distribui a prestação de serviço no âmbito da rede. O de conexão fornece os meios para que os usuários acessem a rede mundial de computadores, enquanto o de aplicação oferta espaço para que os internautas divulguem conteúdos, publicidade, hospedem-se, usem e-mails, serviços de segurança, dentre inúmeras outras possibilidades, convergindo sua oferta e serviço em lucro, mesmo que indireto.

O usuário do serviço tipifica-se como consumidor à luz do artigo 2º, podendo ser tanto pessoa física ou jurídica que utilize o serviço como destinatário final. Neste sentido, importante ressaltar o que os destinatários podem ser os fáticos e os econômicos, que são os vulneráveis no aspecto da relação jurídica, compreendendo, inclusive, a coletividade de pessoas ainda que indeterminável, mas que tenha intervindo na relação de consumo (Art. 2º, parágrafo único); às vítimas expostas aos fatos e vícios dos produtos, que se equiparam à consumidor (Art. 17); todas as pessoas que estão expostas às práticas abusivas (Art. 29), confirmando que há a quebra do obstáculo contratual para o reconhecimento de que em situação de vulnerabilidade econômica, jurídica ou técnica, haja a aplicação da lei consumerista. Inclusive, há o reconhecimento pelos tribunais brasileiros de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor mesmo em hipótese e atividade aparentemente gratuita, diante da remuneração indireta da atividade do provedor (MARTINS, 2016, p. 113-114).

Desse modo, quando o usuário adentra ao espaço virtual do provedor de aplicação e usufrui dos serviços ali ofertados, seja disposição de conteúdo, uso de ferramentas virtuais, e-mails, hospedagem ou outros, sendo destinatário final, usufruindo do serviço de maneira onerosa ou não, configura-se como consumidor. Se o serviço ofertado causar danos aos usuários, seja por vício ou por fato, sendo dano material ou extrapatrimoniais, ele avilta contra o dever originário de não lesar e há o dever de cumprir com a obrigação de ressarcir, de indenizar sem necessidade de demonstração de culpa, pois o risco do negócio é do fornecedor.

Entretanto, deve-se ter especial atenção para verificar se o dano ocasionado não é fruto de outro tipo de relação, também especial, como a lesão ocasionada por terceiros que disponibilizaram conteúdo na web através da aplicação de internet, em que o provedor não tenha o papel de editor ou controlador, pois, neste caso, aplica-se a responsabilidade pelo Marco Civil da Internet em seu artigo 19. Outra situação é quando há captação ilícita e uso inadequado de dados pessoais, cuja responsabilidade está disposta na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, havendo o emprego do CDC quando houver danos oriundos da relação de consumo, conforme artigo 45 da Lei nº 13.709/18.

No que toca diretamente a lei de consumo, em todos os instrumentos de proteção trazidos, atribui-se especial importância à responsabilidade civil. “Nesta linha de ideias, com a ação civil individual de reparação de danos objetiva-se compelir o lesante a responder pelos efeitos negativos na pessoa, ou no patrimônio, do lesado” (BITTAR, 2002, p. 5).

Como hipóteses para aferição em quais situações aplicar-se-á a legislação do direito consumerista para os provedores de aplicação, apresenta-se o exemplo de quando há uma contratação de uso de um serviço de e-mails, que deve servir para a finalidade ofertada com a segurança e elementos compatíveis com o produto. Não sendo possível o acesso do consumidor a todas as funcionalidades que são inerentes ao serviço ou as que lhe foram ofertadas, poder-se-ia vislumbrar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e a condenação do provedor para reparar os danos que o vício de seu serviço causou.

Numa segunda hipótese, pode-se referir aos casos de contratação de aplicativo ou software ofertado por provedor de aplicação que, ao ser baixado na máquina, a configuração ou estrutura venha a proporcionar danos ao aparelho ou a outros aplicativos, configurando fato do produto, cabendo ao usuário ajuizar ação de

indenização para que o fornecedor do software repare os prejuízos que o vício de seu produto ou serviço causaram. É importante considerar o que apresenta Bruno Miragem (2021, p. 488), ao destacar que há isenção de responsabilidade do provedor quando comprovar que o defeito é oriundo de culpa exclusiva da vítima, ou que inexistente defeito. Neste caso, a atualização da tecnologia, à luz do artigo 14, §2º da lei, não permite considerar como imperfeita a prestação ou o produto, eximindo, assim, o provedor.

Em outra hipótese, tomando o funcionamento do provedor de conexão, deve apresentar as condições de velocidade que o usuário poderá usufruir de *download* e de *upload*. Se o fornecido ao cliente não for compatível com o contratado e informado haverá vício, podendo o consumidor aforar ação de indenização para que haja reparação do dano causado (LEONARDI, 2005, p. 105-107).

Ressalta-se, novamente, que há outras leis especiais que podem versar sobre a relação específica entre os provedores de aplicação e de conexão com seus usuários, necessitando de ponderação para verificar se o interesse lesado se trata de origem consumerista ou de outro, como as legislações que serão apresentadas na sequência.

## **2.7 Responsabilidade Dos Provedores Pelo Marco Civil da Internet**

A legislação que entrou em vigor no ano de 2014 em território nacional como evolução do Projeto de Lei nº 2.126/2011 e que já foi objeto de análise (subtópico 2.1.1), é a primeira lei nacional exclusiva sobre a internet, carregada de princípios, fundamentos e garantias que buscam promover os valores democráticos para o uso da web, apresentando cláusulas gerais para defesa das liberdades individuais praticadas no espaço virtual.

No que refere ao tema da responsabilidade, ela apresenta diferenciação para os provedores de conexão e os provedores de aplicação. Aos de conexão foi expresso no artigo 18 a não responsabilização por conteúdo postado por terceiros, em valorização à liberdade de expressão (ROTUNDO, 2018, p. 86). Se fosse o contrário, poderia haver censura, obrigando o provedor a ter controle de todos os atos que são realizados pelos internautas, o que é oposto à democracia e liberdades descritas no Marco Civil. Isso já se ponderava antes da criação legal, como bem ressalta Antônio Jeová dos Santos (2001, p. 122), ao defender que não deveria haver

responsabilização do que ele denomina de *Acess Service Providers*, posto que sua função seria apenas oferecer estrutura técnica para que haja acesso ao ciberespaço.

É importante ter como norte que o provedor de conexão é aquele que habilita um terminal para envio e recebimento de pacote de dados pela internet (Art. 5º, inciso V). Por assim ser, ele é um simples transmissor de informação e não exerce quaisquer edição ou monitoramento sobre os dados que trafegam nas vias, não havendo nexo de causalidade entre a conduta do provedor com o resultado danoso que o conteúdo postado pelo usuário possa vir a causar (LEONARDI, 2005, p. 159-161). Ademais, é possível que o provedor de acesso responda civilmente utilizando do Código Civil, quando tiver produzido o conteúdo, haja vista a possibilidade de um “hibridismo” em sua estrutura, mas, em autoria alheia, cabe-lhe a isenção (VANCIM; NEVES, 2015, p. 101-103). Por seu funcionamento, quando ele oferece um serviço que não condiz com suas especificações, havendo vício, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, mas, quando se trata de danos oriundos de conteúdo postado por terceiros, não há nexo de causalidade entre a mera existência do provedor o dano, não cumprindo com todos os elementos necessários para que haja a obrigação de indenizar.

O outro sujeito da internet tratado pela analisada lei não possui a mesma isenção que o de conexão, sendo atribuída a responsabilidade do tipo subjetiva quanto aos danos que o conteúdo de seus usuários causarem à terceiros. Este tema, antes da lei, era controverso e fundamentado por diferentes situações. José de Oliveira Ascensão (2002b, p. 78-80) já reconhecia que a responsabilização pelo conteúdo da mensagem na rede estava em aberto e que a facilidade de penetração das mensagens nos espaços era preocupante e crescente, o que torna variável a gama de direitos e interesses que podem ser violados, desde direito das pessoas, ordem pública, bons costumes até direitos intelectuais, restando o questionamento de quem seria o responsável e como poderia combater-se as violações neste meio. Diante disso, a comunidade europeia já percebia que a situação não diz respeito somente a quem tem o direito violado, mas de todos os envolvidos no contexto virtual, existindo conflito entre teses de total responsabilização dos participantes da rede contra os que entendem pela liberdade de informação.

No Brasil a preocupação não era diferente, e antes da criação da lei, a Justiça e a doutrina responsabilizavam os provedores de aplicação por situações de danos por conteúdo de terceiros utilizando o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, atribuindo risco genérico à atividade dos provedores. Quando não, havia a

responsabilização pelo benefício econômico auferido pelo provedor, utilizando da teoria do risco proveito. Em outros, tipificavam o provedor como fornecedor de serviço, à luz do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor<sup>12</sup>, atribuindo a responsabilidade objetiva pelos danos causados por seus serviços, considerados como defeituosos (TEPEDINO *et al.*, 2020, p. 77-79).

Todavia, a atividade do provedor de aplicação não é de risco e isso deve ser registrado: há grande fluxo de dados e interações em seus esquemas e isso não os torna capazes de exercer controle sobre o que é postado em suas funcionalidades. Impor a objetividade na responsabilização seria o mesmo que os obrigar a controlar e fiscalizar os dados, o que é oposto à liberdade de expressão, pois promove censura diante do juízo que ocorrerá sobre conteúdo alheio. Se a doutrina brasileira aderisse à teoria objetiva, poderia ocasionar um retrocesso econômico sobre a área, que historicamente foi construída como local de livre debate de ideias, em que se fomentam a função social, acesso às informações governamentais, interação e mobilização social. A liberdade promove o acesso à cultura, informação e educação mediante a disposição de opinião sem interferências, além da evolução e crescimento econômico que as plataformas agenciaram com a inserção de pequenos e médios produtores para venderem e gerarem riquezas, promovendo, inclusive, a inovação de empresas nacionais (LEONARDI, 2019, p. 77-80).

O que se percebe sobre o período anterior a legislação é que o debate entre a responsabilização plena e a isenção total pairava, com prevalência para a tese de objetivação, diante do costume nacional de aplicação da cláusula geral e da própria sistemática solidarista implantada com a Constituição Federal de 1988 e seu fundamento na dignidade da pessoa humana, que não permite que vítima de danos permaneçam sem ressarcimento apenas pelo aspecto técnico do ambiente.

Outra forma de analisar a situação era pela analogia, atribuindo a responsabilidade pelo poder de edição que, neste caso, imputaria a responsabilidade solidária do provedor juntamente com o autor do conteúdo. Quando não era o editor, a responsabilidade iniciar-se-ia com o conhecimento do conteúdo danoso, devendo removê-lo sob pena de ser responsável pelo resultado que causar (RAMOS FILHO, 2005, p. 168-225). Antônio Jeová dos Santos (2001, p. 118-121) compreende que se

---

<sup>12</sup> Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Artigo 14: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

eles editam o conteúdo ou aceitam que outros postem com sua permissão, sua imputação é objetiva, pelo risco de sua conduta. Quando não fazem a escolha do texto ou editem diretamente, poder-se-ia aplicar a responsabilização pela Lei da Imprensa (Lei nº 5.250/67), estendendo-se para o real autor do texto.

Conforme caminhava a doutrina e a jurisprudência pela responsabilidade solidária do provedor, também foi notado a dificuldade técnica que o “ator da internet” possui para analisar tudo que é postado. Em Portugal, em tempos iniciais do uso da internet para finalidade comercial, já havia reconhecimento por parte da doutrina de que os provedores não devem ter o controle sobre os conteúdos dispostos em seus meios, pois têm aspectos técnicos diversos de outros meios de comunicação. No ciberespaço todos podem produzir conteúdo, diferente da estrutura centralizada da imprensa “tradicional”, concluindo que não há capacidade metodologia para que se controle tudo o que está sendo digitalizado e trocado na web (CASIMIRO, 2000, p. 106-110). E não apenas, ressaltando que a rede mundial de computadores é um local democrático e de liberdades, em que a edição e análise prévia de conteúdo pode configurar censura, o que vai em sentido totalmente oposto ao funcionamento da web, surgindo, então, posicionamentos para a isenção total de responsabilização.

Os argumentos utilizados pelos defensores da isenção era o de que os provedores são meros intermediários do conteúdo e não atuam como autores diretos, não podendo ser responsabilizados pelo que os usuários fazem com o serviço, utilizando, como exemplo, o serviço de telefonia, em que a companhia não é culpada pelo que seus usuários falam e fazem com as ligações. Impor consequências drásticas ao provedor dificultará que seu serviço seja prestado, além de que, o controle de conteúdo configurará em censura e lesão à liberdade de expressão (LORENZETTI, 2004, p. 458- 460).

É o que já previa a legislação estadunidense. A seção 230 do *Communications Decency Act* (CDA),<sup>13</sup> declara que há isenção de responsabilidade de provedores de serviços de internet por material ilícito apresentado pelos usuários, pois o provedor é um intermediador. Para chegar nesta posição legal, os americanos apreciaram alguns julgamentos específicos para o resultado. Um deles é datado do ano de 1991, em que uma sociedade ajuizou ação em face de um provedor de acesso que alojava em seus

---

<sup>13</sup> Primeira lei americana que buscou regulamentar sobre material pornográfico na internet, sendo acrescido, durante sua vigência, regulações oriundas das legislações de liberdade na internet. (LEONARDI, 2019, p. 75)

servidores um sítio eletrônico com mensagens difamatórias. O tribunal reconheceu que os provedores são semelhantes a uma biblioteca ou livraria e não poderiam ser considerados editores do que ali estão dispostos. Em outro, datado do ano de 1994, um banco processou um provedor de acesso que também alojou conteúdo difamatório, mas, diferente do outro caso, fazia o controle de edição e por isso foi condenado, levando a conclusão de que, para os americanos, nos tempos iniciais do uso comercial da rede, haveria a isenção do provedor desde que não fizesse a filtragem de conteúdo, e isso foi acolhido pela Secção 230 do CDA (CASIMIRO, 2000, p. 82-86). Porém este posicionamento de completa isenção não seria de todo justa, pois não é levado em consideração a possível efetividade da ajuda do provedor para que se remova o ilícito do ar, o que seria diverso do sistema de responsabilidade que se implanta na modernidade, cujo solidarismo permeia a matéria (LEONARDI, 2019, p. 75-80).

No ano de 1998 foi elaborada outra legislação americana sobre o tema, denominada de *Digital Millenium Copyright Act - DCMA*<sup>14</sup> -, estipulando, desta vez, a responsabilidade subjetiva dos provedores, adotando o sistema *notice and take down*, sendo um sistema intermediário entre a objetividade e a isenção de responsabilidade. O método de noticiar ao provedor sobre possíveis conteúdos ilícitos e pedir que ele retire imediatamente foi sendo vagarosamente adotado pela jurisprudência brasileira. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu que os provedores não responderiam objetivamente pela divulgação de conteúdos por terceiros e que não tem obrigação de fazer controle prévio destas postagens, mas, a partir do momento em que tiverem conhecimento inequívoco sobre algum ilícito, devem retirá-lo, juntamente à obrigação de manter um sistema mínimo e eficaz de identificação de seus usuários (TEPEDINO, *et al.*, 2020, p.78).

Nota-se que o Tribunal brasileiro adotou o sistema de notificação e retirada nos moldes de como ocorria nos Estados Unidos. No entanto, o sistema foi levemente modificado na Europa, com a Diretiva 2000/31/CE, que ao interpretar o artigo 14<sup>15</sup>,

---

<sup>14</sup> Texto normativo adotado pelos Estados Unidos da América, em 1998, visando adequar a legislação aos casos de proteção à propriedade intelectual e proteção a direitos autorais – buscando evitar a livre circulação de dados, desestimulando a pirataria- (ROTUNDO, 2018, p. 60)

<sup>15</sup> UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2000/31/CE. Artigo 14: Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, Os Estados Membros velarão para que a responsabilidade do prestador de serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que: a) o prestador não tenha conhecimento efectivo da atividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma ação de indenização de perdas e danos, não tenha conhecimento de

chegaram à conclusão de que a notificação não poderia ser extrajudicial, apenas podendo ser realizada após apreciação da Justiça sobre a ilicitude do conteúdo. Só o Judiciário pode julgar se aquele conteúdo é lesivo, dentro de um sistema democrático de direito (LEONARDI, 2019, p. 76).

O artigo 14 da diretiva europeia expressa que o prestador de serviço de uma sociedade informatizada não será responsabilizado por informações dispostas pelos usuários, desde que o provedor não tenha conhecimento da atividade ilegal, e que a partir do momento em que tome conhecimento tenha uma atuação com diligência para retirada do conteúdo lesivo. O Superior Tribunal de Justiça brasileiro também adotou este posicionamento, como pode se observar no julgamento de Recurso Especial nº 1.186.616, julgado pela 3ª Turma, em que a empresa Google Brasil recorreu da condenação de danos morais no importe de R\$8.300,00 no uso da aplicação “Orkut”, em que o usuário teve fotos veiculadas em uma determinada página, e que o editor não foi encontrado. No referido julgado, em primariedade, estabeleceu-se a natureza da empresa Google na aplicação do “Orkut”, concluindo ser um tipo de provedor de conteúdo, e que, nestes casos, aplica-se a lei de consumo. Na mesma direção, ainda que incida a lei de consumo, a atividade do provedor não é fiscalizatória, não configurando como defeituoso o serviço que não controla o que é postado pelos usuários, tão pouco haveria risco pela atividade, fundando na interpretação do Enunciado 38 da I Jornada de Direito Civil<sup>16</sup>, que entende ser de risco quando o ato causar maior ônus a determinado grupo de pessoas ou membros da coletividade, o que não era o caso:

A jurisprudência desta Corte define que: (a) para fatos anteriores à publicação do Marco Civil da Internet, basta a ciência inequívoca do conteúdo ofensivo pelo provedor, sem sua retirada em prazo razoável, para que este se torne responsável e, (b) após a entrada em vigor da Lei nº 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor é o momento da notificação judicial que ordena a retirada do conteúdo da internet. [...] (STJ, AREsp 1177619/SP, 2018, n.p.)

Por outro lado, os provedores devem proporcionar meios de individualizar os

---

fatos ou de circunstâncias que evidenciam a atividade ou informação ilegal, ou b) o prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, atue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.

<sup>16</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. Enunciado 38: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do novo C.C., configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

usuários, coibindo o anonimato, devendo o ator da internet tomar providências neste sentido. No caso em específico, o Google tinha meios de encontrar o IP do usuário que colocou as informações danosas na aplicação, necessitando a empresa somente apresentá-lo mediante ordem judicial, pois deve ser feita uma análise sobre as condições do caso para que haja a quebra de sigilo de IP. Consequentemente, haverá um juízo pelo Judiciário, coibindo censuras prévias ou outras lesões.

Este foi o sistema adotado pela lei brasileira no que se refere à responsabilização dos provedores de aplicação por conteúdos gerados por terceiros. Para assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, a norma alocou em seu artigo 19 que o provedor de aplicação da internet (Art. 5º, inciso VIII do M.C.I.)<sup>17</sup> somente será responsabilizado civilmente se, após notificado judicialmente, não tomar as providências necessárias. A finalidade foi assegurar a plena liberdade de expressão, adotando medidas que estejam ao alcance do provedor para retirada do conteúdo, e apenas após a notificação judicial (TEIXEIRA, 2016, p. 110-111).

Seria, para alguns doutrinadores, como Paulo Lôbo (2021, p. 146), uma espécie de responsabilidade civil sem que exista dano, com uma função preventiva, para que não ocorra o prejuízo, que, no caso, abarcaria a obrigação de fazer do provedor de aplicação, descrita no artigo 19, para evitar o dano com a retirada do conteúdo. Contudo, em total respeito à doutrina citada, já foi exposto que a finalidade da responsabilidade não se trata de prevenção, mas de reparação (subtópico 2.2), e que não há como imputar a obrigação de indenizar sem que haja o prejuízo, motivo pelo qual deve o Judiciário analisar a situação para que ordene a retirada sobre a postagem, diante de sua violação a interesse tutelado ou direito subjetivo de outrem, que atinja a esfera patrimonial ou extrapatrimonial do sujeito. Em se tratando de uma postagem ou conteúdo que não cause danos, não se pode imputar o dever de retirar, pois configuraria censura, que é o contrário ao que a norma prevê.

Mesmo antes da existência legal, já havia quem compreendesse este caminho para medição da culpa do provedor de *hosting* (que alberga sítios e páginas) e servidores em geral, configurando a negligência, imprudência ou imperícia apenas se após tomarem conhecimento do fato antijurídico nada fizessem para cessar o dano:

Uma vez ciente pelo ofendido que está sendo exibida mensagem ofensiva, o

---

<sup>17</sup> Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Artigo 5º, inciso VIII: aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet

provedor tem a faculdade de baixar a página, excluindo-a de seu site, mantê-la ou demorar-se a tomar a providência pleiteada extrajudicialmente. Mantendo a página por entender que o conteúdo da informação não ofende o usuário, somente o Poder Judiciário poderá dirimir a situação. Enquanto a demanda perdurar, sem julgamento definitivo, poderá a vítima valer-se da tutela de urgência, pugnando ação cautelar, tutela antecipada ou obrigação de não fazer, para a imediata retirada da página, enquanto será discutida a legitimidade da sua publicação (SANTOS, 2001, p. 123).

No que tange aos elementos da culpabilidade, ela está na omissão culposa ou dolosa do provedor em não cumprir, sem motivos, com a ordem judicial, causando uma dualidade de correntes que surgiram após a lei, na qual parte acredita ter sido um sucesso o atendimento à ordem judicial para, assim, iniciar o *standard* de comportamento esperado pelo provedor, pois é o Judiciário a instância adequada para emitir parecer se o conteúdo é danoso ou não, impedido lesão a direitos. Do outro lado estão os que defendem que a escolha pela responsabilidade subjetiva é um retrocesso, pois se protege a empresa em detrimento da vítima, o que é um caminho oposto ao que a doutrina civilista estava percorrendo até então (QUEIROZ, 2019, p. 115-117). Ana Cristina Azevedo P. Carvalho (2014, p. 132-133) pondera que a regra do artigo 19 trouxe segurança jurídica diante da existência de vários tipos de provedores de aplicação, garantindo que um não seja responsabilizado por ação de outro. Com a responsabilidade subjetiva em nada muda o fato de que o provedor pode estabelecer regras próprias para remoção de conteúdo, sem correr risco de ser responsabilizado até que chegue uma ordem judicial.

Em caso de o provedor participar da edição do conteúdo, aplicar-se-á a cláusula geral de responsabilidade civil, do artigo 927 do Código, em que apurar-se-á a conduta. Porém, no caso específico do Marco Civil, quanto ao artigo 19, se o provedor não participa do conteúdo gerado, deverão estar presentes todos os elementos da responsabilidade subjetiva para que, solidariamente, seja condenado em ressarcir (ROTUNDO, 2018, p. 87-88).

O sistema apresentado pelo artigo 19 é utilizado desde o ano de 2009 pela Lei Eleitoral Brasileira (Lei nº 9.504/97)<sup>18</sup>. O artigo 57-F estabelece que o provedor somente pode ser responsabilizado se não retirar propaganda ilegal após prazo concedido pela Justiça Eleitoral. A remoção por ordem judicial se demonstra mais

---

<sup>18</sup> Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997. Artigo 57-F: Aplicam-se ao provedor de conteúdo e de serviços multimídia que hospeda a divulgação da propaganda eleitoral de candidato, de partido ou de coligação as penalidades previstas nesta Lei, se, no prazo determinado pela Justiça Eleitoral, contado a partir da notificação de decisão sobre a existência de propaganda irregular, não tomar providências para a cessação dessa divulgação.

madura e menos propensa a outros danos, pois leva em consideração a própria sistemática de liberdade da web e os aspectos próprios dos provedores de aplicação. A retirada por simples notificação de qualquer pessoa que se sentisse ofendida com algum conteúdo culminaria em vários pedidos infundados, causando insegurança jurídica (LEONARDI, 2019, p. 86-88). O exemplo do direito eleitoral de 2012 demonstra a situação, quando o provedor Google recebeu “[...] 316 pedidos para retirada de 716 conteúdos, [...] dos quais apenas 35 pedidos resultaram na ordem judicial e foram acatados” (CARVALHO, 2014, p. 134).

Portanto, percebe-se que o tipo acolhido pela lei, para responsabilizar os provedores de aplicação por conteúdo gerado por terceiros, é o subjetivo, devendo existir a culpa do provedor por omissão à obediência de ordem judicial de retirada do conteúdo lesivo, para que responda solidariamente com o produtor do conteúdo, privilegiando-se a segurança jurídica, a análise correta de situação, os interesses e direitos dos internautas e dos provedores, a técnica da estrutura virtual, além de tutelar a liberdade de expressão.

## **2.8 Responsabilidade Dos Provedores Pela Lei de Proteção de Dados Pessoais**

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709/18, foi elaborada para proporcionar proteção ao direito de personalidade inerente aos dados das pessoas físicas, diante da emanção existencial e personalíssima que carregam implícitos. Os dados são as características que distinguem os indivíduos, conforme os predicados corpóreos e incorpóreos que se projeta no humano. O dado considerado pessoal se insere dentro do direito de personalidade (BIONI, 2020, p. 55-56).

Muito embora não vise apenas a proteção ao tratamento de dados realizados de maneira digital, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais possui grande importância no contexto da internet, ante a massificação de práticas de captação de qualidades e predicados de usuários para convergir em maior número de vendas, transformando informação em lucro. Com a prática “[...] criou-se um (novo) mercado cuja base de sustentação é a sua extração e comodificação. Há uma ‘economia de vigilância’ que tende a posicionar o cidadão como um mero expectador das suas informações” (BIONI, 2020, p. 12). A tarefa de captação de dados torna-se um fato comum praticado por provedores de aplicação, diante da gama de serviços que eles abarcam para si, o que obriga a obediência à LGPD.

Para compreensão do tipo de responsabilidade que a lei imputa aos provedores de aplicação, importante compreender o já descrito quanto a internet e regulamentação (subtópico 1.4), em que há legislações que se fundamentam não apenas na norma para regular a situação, utilizando de preceitos morais, econômicos e de arquiteturas de controle para o resultado. Ao observar a LGPD, especificamente no capítulo VII, que trata sobre segurança e sigilo de dados, há a menção explícita à criação de medidas de segurança, técnica e administrativa, aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito (Art. 46).

Há, portanto, nos dizeres legais, a necessidade de criação de medidas técnicas de segurança, a obrigação de utilizarem de uma arquitetura de controle capaz de prover aos agentes de tratamento a confiança sobre o meio, dispondo a lei de uma obrigação para as partes, que é o uso de um mecanismo sobreposto à rede e que seja eficaz na segurança, para garantir a potência da proteção pretendida. No parágrafo primeiro do artigo 46 da LGPD está descrito que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD – poderá dispor sobre os padrões mínimos de segurança exigidos, para tornar eficiente a finalidade da norma, demonstrando que o tipo de arquitetura de controle é aberto até que a autoridade os estipule.

A criação desta arquitetura sobreposta à rede deverá prover confiança ao serviço ofertado pelo provedor de aplicação, que poderá dispor aos internautas da segurança necessária para que seja ativo o previsto na lei, pois, do contrário, existindo a LGPD, mas não meios técnicos, aptos a suprir o que ela preconiza, de nada adiantará a proteção jurídica. Este fator de segurança e arquitetura é importante, uma vez que a responsabilidade prevista na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais leva em consideração o princípio da responsabilização, disposto no artigo 6º, inciso X, que obriga a demonstração da adoção de medidas eficazes e capazes de “comprovar a observância e o cumprimento das normas de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas” pelo agente.

De tal modo, como defendem Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz (2019, p. 116-133), a LGPD oferece uma responsabilidade ativa ou proativa, obrigando o uso de arquitetura segura pelos provedores de aplicação, para que a proteção esperada ao direito de personalidade inerente aos dados seja mantida. A responsabilidade está prevista do artigo 42 ao artigo 45 da lei, impondo a obrigação

primária de o controlador e operador fornecerem a segurança anunciada, considerando ainda as circunstâncias relevantes, com destaque para: a responsabilização pelo modo como efetivou-se a obtenção dos dados, o resultado e os riscos que razoavelmente se espera, além das técnicas de tratamento disponíveis (Art. 44, I, II e III). Diante do mandamento legal, compreendendo o princípio da responsabilização pelo uso de medidas eficazes de proteção, nota-se que o provedor de aplicação que capta dados, seja atuando como controlador (pessoa jurídica que compete as decisões referentes ao tratamento – Art. 5º, VI) ou como operador (pessoa jurídica que realiza o tratamento em nome do controlador – Art. 5º, VII), deve obedecer todas as normas de segurança plausíveis, carecendo ser eficaz a sua conduta de proteção, sob pena de ser responsabilizado por não atender a este *standard* de comportamento ativo:

Esse novo sistema de responsabilidade, que vem sendo chamado de “responsabilidade ativa” ou “responsabilidade proativa” encontra-se indicada no inciso X do art. 6º, que determina que às empresas que não é suficiente cumprir os artigos da lei; será necessário também “demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, a eficácia dessas medidas. Portanto, “não descumprir a lei, não é mais suficiente” (MORAES; QUINELATO, 2019, p. 129).

A responsabilização especial da LGPD é, portanto, ativa, na busca da eficácia à proteção do direito de personalidade implícito aos dados. Por prever um *standard* de comportamento, há defensores de que a LGPD adote a responsabilidade subjetiva, como Gustavo Tepedino (2020, p. 247-256), que alega que a segurança e boas práticas descrevem como o controlador e operador devem agir, indicando o modelo subjetivo como o apto. Além disso, segundo inciso II do artigo 43 da lei, haveria isenção de responsabilidade por ter o agente adotado o *standard* esperado, refletindo o sistema subjetivo de culpa.

Todavia, pelo que prevê o princípio do artigo 6º, inciso X, há de se notar que a legislação não impõe o dever de um mero comportamento a não lesar, mas um comportamento que seja eficaz e que tenha resultado, o que se coaduna com a tese de ser um comportamento além do homem técnico e médio, um modelo de conduta que seja ativo e com respostas comprovadas. É desta forma que o provedor de aplicação que realiza a tarefa de captação de dados deve ter o respeito ao comportamento de segurança almejado pela lei, e praticar medidas diligentes para

proteção, configurando em uma responsabilidade proativa, “eficacial”, necessitando que os provedores adotem arquiteturas para que o resultado positivo seja auferido.

## **2.9 Responsabilidade Dos Provedores no Projeto de Lei nº 2.630/2020 - “Lei das Fake News”**

Em 13 de maio de 2020 foi apresentado pelo Senado o Projeto de Lei nº 2.630/20, denominado de Lei da Fake News, que poderá “Instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet”, de autoria do Senador Alessandro Vieira do CIDADANIA/SE. Segundo as disposições preliminares do Projeto, o motivo de referida norma é “estabelecer mecanismos de transparência de redes sociais e serviços de mensagens privadas através da internet, na busca de desestimular o abuso e os danos, sejam individuais ou coletivos” (Art. 1º). A lei enfocará em provedores de aplicação que ministram serviços com público maior de 2 milhões de usuários registrados, com a finalidade de servir como programa de boas práticas, valendo para provedores que ofereçam serviço para público brasileiro, mesmo que sediado no exterior (Art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º).

Os princípios que regem o Projeto de Lei estão dispostos no artigo 3º, destacando o processo democrático para que haja o combate à desinformação (I); transparência sobre conteúdos pagos (II); desencorajamento do uso de contas inautênticas que disseminem desinformação (III).

Um dos atributos principais é a conceituação legal do que seria o termo “desinformação”, expressando o legislador de que se trata de conteúdo em parte ou todo que é colocado fora de contexto, manipulado ou forjado, com potência para causar danos individuais ou coletivos, ressalvando o humor e paródia (Art. 4º, I).

No tocante à responsabilização dos provedores de aplicação, o projeto veda que sejam utilizadas contas inautênticas pelos usuários dos provedores (Art. 5º, I); que sejam disseminadas desinformação por meios artificiais não rotulados (Art. 5º, II); veda redes que disseminem desinformação (Art. 5º, III) e conteúdos patrocinados que não sejam rotulados como tal (Art. 5º, IV). Destaca-se a previsão do §3º do artigo 5º, que afirma que diante da natureza complexa da internet, com as mudanças rápidas de comportamento, os provedores devem adotar procedimentos para melhorar a proteção contra os comportamentos ilícitos, notadamente prevendo um padrão de comportamento que irá resultar em responsabilização do “ator da internet”. Da mesma forma como descreve a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, há a menção direta

de adoção de medidas eficazes para proteção contra ilícitos, denotando a aplicação da responsabilidade ativa, proativa, defendida por Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz (2019, p. 129) (subtópico 2.7).

Os padrões de comportamento ativos que deverão ser adotados pelos provedores são os dispostos no artigo 10, destacando o uso de verificadores para atestar os fatos; desabilitar transmissão de conteúdo desinformativo; rotular conteúdo que desinforme; interromper a promoção paga ou gratuita e assegurar o envio de informação verificada a todos os usuários que forem alcançados pelo conteúdo. Novamente, no que se refere a medidas eficazes esperadas pelo provedor, há que se mencionar o artigo 9º, em que se obriga a tomada de medidas necessárias para proteger a sociedade contra a disseminação de notícias falsas, o que, notadamente, está a esclarecer que além do que é previsto em lei, pode-se adotar outras formas de proteção à desinformação, obrigando que haja eficácia pela arquitetura utilizada pelo provedor para alcançar o resultado, da mesma forma que a LGPD prevê seus padrões de segurança no artigo 46.

Importante destacar que não se está abordando o tipo descrito pela doutrina como culpa normativa, que considera o comportamento exigível diante das especiais circunstâncias do caso concreto, não abrangendo a vontade do agente, mas a adequação de sua conduta ao *standard* esperado (TEPEDINO, et al., 2020, p. 106).

Ao referir sobre a responsabilidade eficiente, ativa, trata-se da busca por resultados comprovados, usando de uma arquitetura sobreposta que permita que as obrigações dos provedores gerem eficiência, que promova a segurança para atos de desinformação e que está em convergência com o que Lawrence Lessing (2006, p. 233-237) defende, quando pondera que a lei, normas sociais e o mercado não conseguem sozinhos abastecer toda a segurança que devem estar presentes para que a liberdade de informação ocorra de maneira plena na internet. Há de se notar que a lei proíbe determinadas informações em alguns países e que a norma social pode considerar louco quem aborda estranhos na rua para expor seu pensamento, além do mercado que pode reagir de maneira pesada contra opiniões contrárias, restando, novamente, à arquitetura dos provedores permitir um local de debate de ideias em que todos possam participar, servindo a internet como a ponte para a plena informação. A opinião é que a arquitetura possibilite que ocorra a plena liberdade, garantido o direito de informar e ser informado, devendo tal estrutura proporcionar

medidas eficazes para isso. Destarte, a arquitetura pode facilitar que o poder de fala ocorra, ou cerceá-lo, a depender da intenção do provedor.

Quando o Projeto de Lei 2.630/20 prevê medidas a serem adotadas pelos provedores, está a apontar padrões além da lei, padrões de estrutura que possam garantir a liberdade de expressão sem que desinforme a população. Se o provedor não tornar eficiente a conduta, apenas cumprindo com o *standard* sem provar os resultados, será responsabilizado pelo conteúdo lesivo, deduzindo que a responsabilidade adotada pela especialização do Projeto de Lei 2.630/20 é a proativa, ativa, eficaz, isentando-se de responsabilidade apenas se o provedor demonstrar a adoção eficiente dos meios de segurança.

Finalizando, importante frisar que a pesquisa não aloca sua direção no entendimento do que é efetivamente desinformação e até onde este ideal pode danificar a própria liberdade de expressão e os preceitos constitucionais, focando apenas em apreender qual o tipo de responsabilidade o projeto entende correto para a situação jurídica que envolva os provedores de aplicação, parecendo, em caráter precário de maiores debates, uma lei que não reconhece a verdadeira estrutura e técnica virtual, diferente do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que atentam para o direito que buscam proteger e para a importância e participação de todos os sujeitos na internet.

### 3 O SERVIÇO DE PUBLICIDADE GOOGLE ADS

No contexto da sociedade cada vez mais informatizada, em que há popularização e variedade de aparelhos com acesso à rede mundial de computadores, diversas possibilidades da vida cotidiana migraram para o virtual, como os relacionamentos, o trabalho, o entretenimento e o comércio, que se fortalece pelo meio “eletrônico”. Este último, aliás, tem dominado múltiplas áreas que antes pareciam inimagináveis de serem realizadas por meio remoto, percebendo, na internet, um método de crescimento que outrora, com os padrões centralizados e hierarquizados de produção, não era possível.

A web permitiu uma modificação na estrutura produtiva implantada na Primeira e desenvolvida na Segunda Revolução Industrial, para uma horizontal, em que há troca de informações de todos os lados da relação, tanto de quem compra quanto de quem vende, melhorando a produção e divulgação do que é ofertado. Já foi abordado a maneira de como este meio de comunicação modificou o setor econômico (subtópico 1.3), fomentando a paridade entre os atores e a força mercadológica, que é crescente e insere o interesse em criações que têm suas atividades atreladas à internet, como as de provedor, de invenção de aplicativos, de publicidades, dentre outras várias, comprovando um padrão de alta rentabilidade neste meio.

O ganho tem seus motivos, pois o e-commerce tem na interligação entre os indivíduos uma economia colaborativa com troca de dados sobre produtos e serviços, estimulando que empresas que vendem no ciberespaço sejam notadas e conhecidas pelos clientes sem que a limitação geográfica seja um empecilho, sem que haja obstáculo de concorrência por não ser tão “forte” quanto seu oponente econômico. Há uma segmentação de consumo facilitada, sendo mais prático, ágil e efetivo para que a empresa ofereça seu fruto para quem o deseja, visto que seus clientes a encontrarão com rapidez, possibilitando que se negocie à distância e em tempo real, liberando maior variabilidade de opções, tanto para quem compra quanto para quem vende.

Todavia, há problemas sobre a confiança no comércio virtual diante das suas qualidades (subtópico 2.5.2), motivo pelo qual Cláudia Lima Marques (2004, p. 33-34) entende como um dos desafios das trocas comerciais virtuais é a capacidade de os ofertantes proverem veracidade aos consumidores, para que proteja as expectativas criadas. Para tanto, uma das maneiras de fornecer o sentimento de confiança está no uso

de ferramentas auxiliares do comércio eletrônico, criadas para proporcionar maiores informações, transparência e segurança nas formas de pagamento e coleta de dados.

Nota-se que é o aspecto técnico que conferirá a certeza e consolidação das expectativas de crescimento do comércio eletrônico, perpassando pelo sistema especializado da arte virtual, de grande complexidade, que modifica a conduta comportamental dos empresários e dos consumidores, os afastando de uma escolha racional na visão contratual contemporânea, diante da necessidade de rapidez com que as relações são estabelecidas e da impossibilidade lógica de os indivíduos saberem de todas as informações sobre cada sistema, para que decidam se vão agir ou não (comprar ou não), decompondo o conceito de contratante médio, que na web tem uma conduta pautada na confiança que se constrói na aparência, para que clique rapidamente em um link e concretize a negociação (LORENZETTI, 2004, p. 281-284).

A fidúcia no *e-commerce* está na aparência que as ferramentas proporcionam aos internautas, para se sintam seguros em realizar negócio jurídico pelo meio virtual, e é neste tema que as empresas que possuem seu funcionamento atrelado à rede mundial de computadores estão focando; na elaboração de ambientes que permitam ao usuário encontrar na imensidão do ciberespaço, por sua única e exclusiva pesquisa e vontade, fornecedores que alienam aquilo que é de seu interesse, promovendo certeza de estar encontrando o que procura e valorizando, em consequência, o comércio eletrônico.

Com nomenclaturas específicas para a situação, José de Oliveira Ascensão (2002b, p. 200-201) utiliza a expressão “navegante” como daquele que caça algo na internet, enquanto “navegador” é o instrumento que auxilia na busca. Nessa relação, por intermédio de programas de computador, é comum que o indivíduo que está “navegando” receba indicações sobre o que corresponde às suas pretensões no local, pautado na atividade dele próprio ou pela condução que o “navegador” promoveu ao resultado, sendo este uma dentre várias hipóteses de auxílio em pesquisa na internet, estando a ferramenta Google Ads inserida neste conjunto de “navegadores”, na ânsia de agenciar confiança e de conduzir ao encontro entre quem procura com quem oferta. Trata-se de uma ferramenta de publicidade da empresa Google e que está atrelada ao seu serviço de pesquisa denominado de *Google Search*, que permite aos anunciantes pagarem para que seus links de vendas, sites ou páginas pessoais sejam apresentados em primazia no terminal dos internautas que pesquisam por palavras, frases ou termos no buscador.

O objetivo de auxílio do Ads para o *e-commerce* está disposto em seu site oficial, nas informações contidas nos Termos de Uso, cláusula 1, constando que a empresa Google, através de sua ferramenta de publicidade, inserirá materiais publicitários, feed de dados e tecnologia para qualquer conteúdo de propriedade da própria Google ou seus parceiros (GOOGLE. s.d., n.p.), e isso denota as diversas localidades da internet que o anúncio poderá ser visto, diante do termo “parceiros”, convergindo com o ideal de que o navegador tenta levar ao internauta resultados, formando sentimento de confiança. Diretamente, a empresa coloca os seguintes dizeres para esclarecer sobre o que trata seu serviço: “O Programa é uma plataforma de publicidade na qual o Contratante autoriza o Google, agindo no melhor interesse da Google LLC, a utilizar ferramentas automatizadas para formatar Anúncios” (GOOGLE, s.d., n.p.). Configura-se, portanto, em um provedor de aplicação de internet que promove publicidade paga através de pesquisas em palavras-chave.

O funcionamento não fica ao desejo de computadores ou de inteligências artificiais apenas, antes, é necessário o ato humano ou institucional de criar uma conta, criar uma campanha de publicidade, escolher um grupo de anúncio e as respectivas palavras-chave que irão vincular com o anúncio a ser realizado (MONTEIRO, 2006, p. 13). É uma ferramenta que permite uma campanha publicitária pela inserção de palavras-chave, que acoplam ao anúncio e o exibe no buscador (MOURA, 2021, p. 3). Ela possui uma inteligência artificial que tem faturamento através de anúncios de propaganda pagos, configurando em “resultados de pesquisa em formato de texto que aparecem no topo para determinadas palavras-chave” (MACHADO, s.d., p. 9). Em síntese:

O Google Adwords é um serviço de publicidade on-line que permite que as empresas exibam seus anúncios na página de resultados da pesquisa do Google. Os anúncios parecem quase idênticos aos resultados de pesquisa normais, com uma única diferença sendo a pequena palavra ‘Anúncio’ em verde. Os anúncios do Google serão exibidos na parte superior e inferior de uma página de resultados de pesquisa [...] (EDITORA WALTER CERQUEIRA, 2019, p. 10).

O que se percebe da referida definição, é que há uma diferenciação dos anúncios pagos e não pagos, em que os pagos são destacados com a palavra “anúncio”, enquanto os outros não o são. Além disso:

O Google Ads é um meio de publicidade online desenvolvido e gerenciado pelo Google, onde os anunciantes podem exibir anúncios breves, ofertas de

serviço, lista de produtos, ou vídeos para usuários da web. Esses anúncios podem ser exibidos nos resultados de mecanismos de pesquisa, como a Pesquisa Google, e em sites, vídeos e aplicativos móveis que não sejam de pesquisa. O Google Adwords é um sistema de publicidade PPC (pay-per-click) que foi criado pelo Google no início dos anos 2000 (AUGUSTO; RODRIGUES, 2019, p. 2).

Nota-se a abrangência de possibilidades que o referido serviço promove, em que são anunciados desde vídeos, produtos e ofertas. Além, é na forma de pagamento pelo anunciante que ela se diferencia, usufruindo do sistema PPC- *pay-per-click*, que é “a campanha que você paga para cada clique que ocorre em um anúncio seu” (MONTEIRO, 2006, p. 29), ou seja: a forma de funcionamento do serviço tem como norte que fato de que o anunciante só irá gastar se alguém tiver interesse por aquilo que foi anunciado, sendo demonstrado o desejo de procura através do próprio usuário que irá digitar o termo que almeja.

O nome Ads, aliás, em tradução direta da língua inglesa para o português, significa publicidade, sendo originária da palavra *advertisement*, que significa anúncio, propaganda (MICHAELIS, s.d., n.p.). De tal modo, é perceptível que a nomenclatura da ferramenta carrega consigo a sua função.

Perante todo o conjunto que envolve seu conceito e a importância para o comércio eletrônico, criando confiança e expectativa de convergência ao usuário que faz uma pesquisa e tem como resposta um link associado com sua vontade, o Google Ads será analisado primeiramente pelo seu funcionamento e, posteriormente, pela responsabilidade civil que se aplica a ele em caso de concorrência desleal e lesão às marcas por conteúdo disposto pelos anunciantes.

### **3.1 Links Patrocinados**

O Google Ads é um tipo de serviço denominado de link patrocinado, sendo o da Google um dentre vários outros do gênero da publicidade direcionada, criados para que haja o encontro e reconhecimento entre a marca e produtos dos fornecedores com seus respectivos clientes/internautas.

De início, ressalta-se que publicidade e propaganda são termos que não se confundem. A publicidade pode ser definida conforme apresenta Eugênio Malanga (1976, p. 11), como “[...] conjunto de técnicas de ação coletiva utilizadas no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial, conquistando, aumentando ou

mantendo clientes”, enquanto propaganda é “conjunto de técnicas de ação individual utilizadas no sentido de promover a adesão a um dado sistema ideológico”. É perceptível a conotação comercial para a publicidade, enquanto a propaganda está atrelada ao fomento ideológico. Naquela há um aspecto público latente, pelo próprio significado de sua palavra, promovendo publicamente uma atividade econômica, na finalidade de criar desejo no coletivo. Seu elemento material é o meio pelo qual expressa-se, e o meio finalístico é o conteúdo informativo. A função é tornar conhecido um produto ou serviço de uma empresa, despertando o desejo de consumo na massa ou criando prestígio a ela, sendo feito de maneira aberta e mediante pagamentos.

Uma das noções de comércio está na comunicação entre indivíduos e a sociedade, abarcando a publicidade no conjunto de “armas” para que haja compreensão entre os partícipes da relação comercial, promovendo a concorrência no mercado econômico. “[...] a publicidade contribui para a elevação do padrão de vida dos povos, criando novos hábitos e novas necessidades, que se traduzem em maior conforto” (MALANGA, 1976, p. 26-27). É neste caminho que Gérard Lagneau (1981, p. 4-8) expressa que a comunicação ideal demanda uma parte que transmita conteúdo e outra que o receba, sendo fundamental que ambas as compreendam, e é cá que a publicidade tem consigo um aspecto cultural mercante, na medida em que é o círculo social que irá estabelecer o valor racional para que um mesmo grupo reconheça a necessidade de troca entre eles, e, para o desígnio, todos devem falar a “mesma língua” e compreender o que se propõem, para que façam um bom negócio, estando a valorização do objeto neste prospecto, na promoção de estimar o que é ofertado, ao mesmo tempo que agencia o sentimento de que ninguém irá perder na relação negocial.

Esse “fazer valer” é a forma pela qual a publicidade promove o desejo a um público destinado, usando os meios sociais consolidados em rituais tão antigos quanto a história humana, usufruindo de meios auditivos, visuais, belezas e instrumentos de conquista apaixonada, para que o público veja o que se oferta com olhos de agregamento aos seus anseios, modificando a relação que se estabelece com o objeto promovido, podendo melhorar, piorar ou anulá-lo:

[...] Nós podemos atribuir a esse objeto um valor instrumental, avaliar exatamente o seu preço em função dos serviços que dele esperamos; mas também podemos atribuir-lhe um valor nulo, ou mesmo negativo, se se tratar de um refugio e se ele nos estorvar; podemos inversamente, conceder-lhe virtudes inestimáveis, se ele despertar em nós doces reminiscências ou

simbolizar nossa melhor esperança. O charlatão maneja tipicamente essas três relações possíveis entre homens e as coisas; sua meta consiste em suscitar em nós desejos premente de um objeto que, para ele, representa um valor mínimo. Mas vai aí apenas uma exacerbação do procedimento através do qual todo anúncio tem em mira, convencer-nos dos méritos de um produto qualquer levando-nos a pensar que sua aquisição equivalerá à realização de um bom negócio. Para que o comprador e o vendedor fiquem igualmente satisfeitos com a operação, é mister que o ato comercial assuma uma certa aparência de dom gratuito, prometa uma recompensa indefinida que vá além do preço precisamente combinado. De modo que a publicidade jamais poupou sua imaginação ao adornar as marcas comerciais com uma aura de generosidade, através de jogos, festas, concursos, prêmios etc. (LAGNEAU, 1981, p.9)

Identifica-se a atividade publicitária com a forma de ascensão de marcas comerciais, destinada ao estímulo do consumo. Embora sejam diferentes, a expressão publicidade e propaganda são utilizadas como idênticas pelo Código de Defesa do Consumidor (Arts. 56 e 60) (MARTINS, p. 191-192). A Lei nº 4.860 de 18 de julho de 1965, que regula a profissão de publicitário, utiliza os termos sem distingui-los, explicando o que seria publicitário e agência de propaganda, comprovando que a diferenciação entre os termos é prática, mas não legal (PRATES, 2015, p. 48).

No âmbito Judicial, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de ponderar sobre a diferenciação das expressões e o real significado que abarcam, reconhecendo que são diversos, como no caso em que estava sendo debatido a que tipo se vinculava o termo propaganda contida nos artigos 22, inciso XXIX, e artigo 220, §3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, compreendendo que ambos relacionam-se a comunicação, mas que publicidade tem consigo a finalidade comercial, de sedução para venda de produtos ou serviços, onde a marca e o nome da empresa se propagam, enquanto, na outra, não haveria tal qualidade, pois é voltada a veiculação de ideia, em promoção da educação e da saúde (STF, ADI nº 5140 SP, 2018, n.p.). Inclusive, seria por este motivo que o artigo 22, XXIX, permite apenas a União legislar sobre a propaganda, ante o superior interesse público na divulgação de filosofias democráticas.

A publicidade carrega consigo o aspecto da liberdade de expressão, pois não só da natureza de debate de ideias políticas se desdobra o direito fundamental, mas na propagação de opiniões de cunho privado e econômico, mesmo que este não seja integrante do núcleo do referido direito, estando em sua zona afastada e de menor intensidade (SARMENTO, 2018, p. 283-284). Com este entendimento, fica claro que permitir que instituições e pessoas promovam a publicidade está dentro dos interesses

lícitos do ordenamento jurídico, adentrando, mesmo que em posição mais distante, no patamar fundamental humano, que é a elevação de seus trabalhos para que galgue melhor posição social e consiga sobreviver com dignidade no seio da sociedade capitalista; e não apenas isso, é uma prática que tenta “dar corpo” ao fundamento da República brasileira, descrita no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal, que é a livre iniciativa e a valorização social do trabalho.

O outro tipo, a propaganda, quando utilizada no comércio, continua voltada para a ideia, para o ato de determinar o subjetivismo humano através da divulgação de informação, tornando familiar ao que está sendo apresentado, para que haja identificação específica com a marca ou produto divulgado (PRATES, 2015, p. 46-47), sendo mais denso o campo de inserção no subjetivismo humano do que a publicidade, pois usa de “filosofia”, conquanto a outra tem viés mercadológico.

De maneira sintética, explicar sobre a história da propaganda é uma atividade que promove o entendimento sobre o que termo abarca, como as técnicas racionais de persuasão para venda de um produto e o pensamento conjunto ao tipo, de onde, racionalmente, busca-se conhecer o subjetivismo da plateia para que se apresentem meios de aceitar o que está sendo demonstrado, variando desde produtos, convicções pessoais e até promoção de pessoas em si. Ambas as atividades - publicidade e propaganda - migraram dos meios tradicionais para o virtual, seguindo a tendência da atual sociedade informacional (MARTINS, 2020, p. 26-29).

Embora a propaganda, como visto, também denota a possibilidade de se oferecer produtos, porém com o viés de estabelecer como uma ideia, princípio ou conhecimento, na mesma condição exposta por José Carlos Tinoco Soares (1990, p. 20), prefere-se a palavra publicidade, que abarca os meios mercadológicos pela televisão, cartaz, reclame, jornal, revista, livro, almanaque, folheto, entre outros, como a “divulgação por meio da imprensa, da palavra ou do visual, qualquer que seja a forma empregada, para demonstrar ou tornar público um produto ou uma prestação de serviço”, incluindo, na atualidade, sua prática pela internet.

Na web a publicidade está inserida na realidade da convergência, da ligação entre vários tipos de mídias, com o adicional de que as operações comerciais podem concretizar-se em um único clique feito no anúncio, formando o desígnio não apenas na sedução ao produto, mas na própria concretização de negócio jurídico em poucos segundos (PINHEIRO, 2016, p. 412). Com a rede promove-se uma publicidade direcionada, entendida pelo contexto de que a comunicação em massa não era

suficiente, pois atingia a todos sem um foco específico naquele que tem interesse no que é divulgado (BIONI, 2018, p. 13). Essa situação não é de toda nova, pois publicitários mais antigos já reconheciam que a massa não é meio apto a garantir retorno do que se divulga, o que culmina em uma evolução da publicidade e das próprias agências para especializarem-se mais em cada ponto da produção, evoluindo dos reclamos aos serviços mais “completos” (LAGNEAU, 1981, p. 17-28).

Sobre a publicidade de massas, anterior ao surgimento da internet, ela se inicia com no século XVIII na Inglaterra e no contexto da Revolução Industrial, que produzindo em série, não era mais capaz de uma abordagem individual para que todos soubessem da existência dos frutos, divulgando-os na mesma intensidade em que eram fabricados, mas é nos Estados Unidos que este tipo foi se consolidando e seu resultado pode ser notado no seguinte exame:

A publicidade alarga as possibilidades de aquisição de produto, amplia os mercados existentes, cria novos mercados, faz com que a moeda circule mais, e proporciona mais empregos. Só através da publicidade é que se pode chegar à produção e à venda em massa, do que resulta, consequentemente, redução de preços (MALANGA, 1976, p. 24-25);

Todavia, essa estrutura não é mais eficaz na internet, mudando novamente o ciclo das massas para o individual, migrando para o virtual, no intento de atingir um determinado público que tem interesse em um acurado assunto, e que possivelmente terão predisposição para adquirir produtos vinculados à temática de seu interesse, promovendo um trabalho em rede, participativo e sem limites geográficos. Até por isso, as próprias agências estão sendo substituídas por ferramentas que conseguem promover o encontro entre anúncio e público, de maneira mais rápida e afetiva, pois mesmo a divisão de tarefas de grandes instituições publicitárias não auferem resultados tão diretos quanto o que se permite na web, além de serem de difícil acesso aos pequenos e médios empreendedores.

O caráter de segmentar diretamente o internauta denomina-se “abordagem direta”, na qual anúncios virtuais são apresentados na tela de exibição da televisão ou nos terminais dos usuários da rede, no mesmo momento em que eles estão assistindo aos programas ou navegando em redes sociais e sites diversos, o que permite um acesso imediato ao ambiente virtual do fornecedor anunciante (PINHEIRO, 2016, p. 413). Ela pode ser conceituada como “[...] uma prática que procura personalizar, ainda que parcialmente, tal comunicação social, correlacionando-a a um determinado fator

que incrementa a possibilidade de êxito da indústria de consumo” (BIONI, 2020, p. 15). Disso, divide-se em tipos diferentes: a contextual, que vincula o tema do anúncio com o ambiente visitado pelo internauta, levando-se em consideração o meio pelo qual é anunciado; o de segmentação, que foca no subjetivo do consumidor, não importando o conteúdo, mas o público que tem acesso; o tipo comportamental on-line, que é personalizada com programas e ferramentas que sabem as preferências do usuário, apresentado anúncios que são vinculados com aquilo que o internauta costuma procurar, permitido através de *cookies*, registros de navegação, GPS, redes sociais, dados de sentimento que são descritos em aplicativos de conversação, como emoticons no WhatsApp, também em aplicativos de música e vídeos e pelas informações que são associadas às pesquisas realizadas (onde encaixa-se o Google Ads) (BIONI, 2020, p. 15-21).

Compreendido o diferencial doutrinário e legal entre publicidade e propaganda, junto as funcionalidades e benefícios aplicada à web, nota-se que o link patrocinado é uma ferramenta de publicidade, pois veicula marcas e produtos, na ânsia de segmentar o alvo e convertê-los em venda, utilizando do comportamento do consumidor para a finalidade. É um tipo diretamente atrelado à segmentação, possuindo todas as características dos novos serviços que surgem na web: ser interativo e participativo.

Referido costuma ser oferecido por um provedor de aplicação que permite pesquisas em seu domínio ou no de seus parceiros, apresentando links de anunciantes que se atrelam a palavras-chave e que são digitadas pelos usuários. Eles podem compreender:

[...] modelo de propaganda onde o anunciante não paga pela sua exposição, ele paga apenas quando o internauta clica no anúncio. Este modelo também é chamado de campanha segmentada por palavra-chave ou PPC (pay-per-click), já que o anúncio é mostrado para uma determinada palavra-chave (MONTEIRO, 2006, p. 5).

São uma espécie de leilão para beneficiar o anunciante que pagou mais caro para utilizar uma determinada palavra-chave, que vinculará seu link quando digitada pelo internauta e garantirá um retorno maior para quem anunciou, pois o link será oferecido quando a expressão for inserida no campo de busca do provedor (ZACHO, s.d., n.p. l. 20). Basta que o anunciante pague para que seu link seja destacado perante outros, explicitando a função da ferramenta que é promover prioridade ao

anunciante na disputa de resultados publicitários, alocando em posição de destaque no buscador àquele que paga para isso (PEREIRA, 2016, n.p. l. 175-181). Conclui-se que é um tipo de publicidade existente no meio virtual, paga pelos fornecedores de serviço ou produtos, com a finalidade de convergir usuários da rede em consumidores, onde os anunciantes usam da ferramenta para aparecer em posição destacada nos terminais dos internautas que estão navegando em provedores de aplicação que fornecem este determinado serviço. No momento em que for digitado palavras específicas, frases ou termos que se vinculam aos produtos e serviços ofertados pelo anunciante, eles serão expostos em destaque e o link terá maior probabilidade de ser notado, de convergir a pesquisa em venda.

A convergência, muitas vezes referida como efeito das novas tecnologias, pode ser entendida como “integração entre computadores, meios de comunicação e redes digitais, bem como de produtos, serviços e meios na internet” (MARTINO, 2015, p. 11), e o “utensílio Ads” promove este fenômeno, pois integra anúncio, computador e vendas, estando inserido no conjunto da “cultura da convergência”, que é a possibilidade de cooperação entre múltiplas plataformas de mídia e o comportamento do público nos meios de comunicação, que vão em todos os pontos do ciberespaço na procura de experiências de entretenimento, configurando-se em uma realidade que modifica a tecnologia, a indústria, o mercado, os gêneros e os públicos. Os atuais consumidores, fincados nesta nova cultura, não são passivos, mas ativos, migratórios, conectados e participantes (JENKINS, 2009, p. 29-47). A virtualidade é que permite a convergência, com a saída do estado atual dos átomos para os *bytes*, auxiliando para que naveguem no mesmo fluxo informacional e “ludem” pela atenção dos usuários.

Quanto a virtualização, trata-se da passagem do estado atual para outro, o que difere de uma interpretação errônea de compreendê-la como a inexistência do objeto. A realidade é que há a elevação da potência, modificando a identidade, encontrando um ponto geral onde este se relaciona, para que haja uma nova direção, redefinindo a atualidade de seu ponto de partida (LEVY, 2011, p. 15-18). A modificação de estado dos serviços virtualizados permite que eles sejam ampliados na mesma medida que os dados e a informação (subtópico 1.2), que todos os partícipes do espaço conseguem produzir e consumir na mesma intensidade que os trocam.

É neste universo virtual e de convergência que Henry Jenkins (2009, p. 95-103) apresenta a economia afetiva, que seria uma nova configuração do marketing em que se procura o uso dos fundamentos emocionais humanos na tomada de decisão do

consumidor, para que decidam consumir um produto ou serviço. É o marketing que direciona as vontades dos sujeitos para as decisões de compra, e a publicidade virtual é uma das armas, usando de plataforma participativa que apela para o lado “mais sentimental” da pessoa, vetorizando sair da impressão (que é a unidade utilizada para descrever quantos indivíduos visualizaram a publicidade) para um argumento em que se compreende a expressão que o produto ou a marca alcança em seus consumidores, a configuração de como se conecta com seu público, sendo a unidade que pode modificar os parâmetros da propaganda.

Há um aspecto de conexão latente no link patrocinado, abarcado pela vertente emocional da publicidade. Na internet, os usuários têm a liberdade de não verem conteúdos que não desejam, podendo sair destes locais com um único clique. Porém, é o contrário que promove maior confiança para o comércio eletrônico, ou seja: a forma como encaminhar o consumidor para, em um único clique, querer conhecer mais sobre aquele produto ou serviço anunciado, sendo este o papel do patrocinado, que é cunhar a aparência.

A vontade que o usuário da rede tem para querer clicar em um link de publicidade está no fato de que a palavra digitada fez emergir em seu sentimento uma ligação com o conteúdo apresentado. O sujeito digitou uma expressão e em seu terminal emergiram propagandas vinculadas e conectadas com a sua procura, com seu próprio desejo, o que torna a ferramenta uma facilitadora do comércio eletrônico, conectando o consumidor com links de seus interesses e buscas, gerando certeza, pois o usuário sente ter encontrado links próximos ou idênticos com o que digitou.

O benefício para o fornecedor/anunciante é aparecer em destaque no provedor, ter um retorno no investimento financeiro de publicação de sua marca. Também é uma forma de apurar a força de concorrência do pequeno e médio empresário, pois tanto eles quanto as grandes empresas podem estabelecer um orçamento prévio e saber que aquilo que foi programado para publicidade terá maior conexão com o público que está navegando nas redes, não necessitando aguardar o crescimento e o surgimento de seus links de maneira orgânica, o que gera maiores desgastes e empenho ao anunciante.

A publicidade na internet se torna um elemento de extrema importância, aproximando o conteúdo publicitário ao interesse dos consumidores, sendo cada vez mais ativas e interativas, possuindo diversas vantagens em relação às publicidades tradicionais, dentre as quais, destaca-se ser mais barata, ter alcance internacional e

a qualquer tempo, podendo ser vinculada de várias maneiras (PRATES, 2015, p. 52-58).

Além disso, há o aspecto lateral, compreendida como forma de promoção inserida no contexto colaborativo da web, fora dos padrões verticais trazidos pelas estruturas econômicas impostas pela Primeira e Segunda Revolução Industrial. Já foi exposto anteriormente (subtópico 1.3), sobre a teoria de Jeremy Rifkin (2012, p. 137-174) e o poder lateral e colaborativo, em que se compreende que com a infraestrutura de comunicação fundada na rede mundial de computadores há base para que surja uma descentralização de oferta de produção e serviços, sem a necessidade de um intermediário para o resultado, sem hierarquização, com uma economia mais colaborativa, onde a relação de camada entre vendedores e compradores é substituída pela colaboração entre fornecedores e usuários, com interesses partilhados, utilizando da organização para prover maior abertura nas informações e, conseqüentemente, confiança.

A propaganda e as estratégias de marketing também estão inseridas neste conjunto lateral/horizontal de funcionamento, devendo o profissional do marketing estar preparado para um cenário de negócios mais horizontal, inclusivo e social. A internet permite que as barreiras geográficas sejam vencidas, cabendo às empresas estarem inovando. Os consumidores estão escolhendo condutas mais paritárias, confiando mais em marcas que estejam atreladas ao seu círculo social (KOTLER, *et al.* 2017, p. 17-29). O link patrocinado parece estar funcionando nesta realidade, diante da certeza emanada pela pesquisa do próprio usuário por palavra-chave que se converte em links, que, por sua vez, possui essência atrelada à pesquisa, estabelecendo aparência de credibilidade para o internauta, pois há ligação entre as partes da relação, notadamente entre fornecedor e consumidor.

Já se frisou que o link de patrocínio trata-se de publicidade direcionada e sua diferença com a modalidade comparativa deve ser ressaltada, pois essa caracteriza-se pela apresentação pública de dois ou mais produtos para que, após exibidos, haja um comparativo de suas qualidades, o que beneficia os consumidores e está dentro dos parâmetros jurídicos de busca de uma colocação no mercado por meio do melhor serviço ou produto, apesar de que, nesta modalidade, pode haver meios sorrateiros de aproveitar-se da fama alheia (SOARES, 1990, p. 20-26), enquanto a direcionada não compara com outros, mas indica ao consumidor sobre aquilo que pode estar

condizente com a sua vontade, sendo o link patrocinado pertencente a está categoria, e não a outra.

Ao notar o anunciante, este consegue vender seus produtos e serviços com maior igualdade no mercado, focado em usuários que estão procurando especificamente suas marcas, promovendo um empoderamento ao pequeno e médio empresário que consegue sair da centralidade das mídias tradicionais para as virtuais, promovendo maior prosperidade no mercado, não necessitando que as instituições fiquem adstritas a grandes mídias e ao antigo método de agência publicitárias para divulgar seus serviços e produtos.

### **3.2 O Google Ads e a Dominância no Mercado**

Embora tenham outros serviços de link patrocinados oferecidos por diversos provedores de aplicação, o Google Ads tem especial importância diante da dominância no mercado de anúncios “online”. Há estimativa de que a empresa, juntamente com o Facebook, responda por até 60% do mercado norte americano de anúncios na internet (DANG, 2019, n.p.). Em nível nacional, a Global Analysts esclarece que no Brasil, o Google responde por 94% das buscas (PEREIRA, 2016, n.p. l. 162). No plano mundial, a empresa detém cerca de 56% de todas as pesquisas, e estar fora do sistema Google Ads é o mesmo que ignorar o caminho de sobrevivência no empreendedorismo (MONTEIRO, 2006, p. 6).

Essa capacidade de prevalência foi permitida a partir do reconhecimento do poder de dados comportamentais dos usuários que a empresa possuía. De início, no ano de 1999, o uso do Ads não era visto com bons olhos pelos seus responsáveis, havendo uma equipe de apenas 7 pessoas no setor e uma crença de que anúncios online seriam parciais e contrários aos interesses do internauta. Entretanto, a crise de investidores no Vale do Silício, no início dos anos 2000, forçou a empresa a mudar sua mentalidade e focar em meios de obter mais lucros, vetorizando, então, na publicidade, mas, de maneira que fosse simples aos anunciantes, com o plano de que eles nem poderiam escolher as palavras que atrelariam a busca, cabendo ao próprio provedor a escolha. Por não vingar este plano inicial, mudou-se novamente o discurso e surgiu o reconhecimento de que o anúncio não pode ser da empresa para o público, mas o contrário, o público deve ir até a empresa, atribuindo relevância para os internautas e os anunciantes, e isso só foi capaz pelo uso de dados de milhões de

peças que a empresa possuía no intuito de melhorar seus serviços, mas que foram aplicados à publicidade direcionada. A crítica estaria no fato de que o Google teria criado um capitalismo de vigilância para que reconhecesse as reais preferências dos usuários, vencendo seus concorrentes através do uso ilícito de dados pessoais (ZUBOFF, 2020, p. 89-112). Destaca-se:

[...] Os métodos patenteados pela Google possibilitam-lhe vigiar, capturar, expandir, estruturar e alegar superavit comportamental, incluindo dados que usuários, de modo intencional, optam por não compartilhar. Usuários resistentes não serão obstáculos à expropriação de dados. Nenhuma restrição moral, jurídica ou social vai impedir a empresa de encontrar, reivindicar e analisar o comportamento alheio com propósitos comerciais (ZUBOFF, 2020, p. 99).

Pela preponderância e capacidade de armazenamento de preferências, a empresa dita as regras de como o mercado do gênero irá se comportar, posto sua força de efetividade na convergência da propaganda e no lucro auferido com o serviço, tanto por ela quanto pelos anunciantes, o que confirma a necessidade do estudo da ferramenta para entender sobre a responsabilidade que pode ser atribuída em caso de violação a interesses privados e institucionais em seu uso, servindo, inclusive, de parâmetro para seus iguais.

A economia contemporânea é dinâmica e não obedece ao controle dos padrões espaciais e temporais político-normativos, pois haveria um despreparo técnico dos órgãos legislativos e dos tribunais para acompanhar as inovações que o artifício e a economia digitalizada trazem (FARIA, 2017, p. 51-53). É o que ocorre com a dominância do mercado de anúncios pela empresa Google, pois ela se aprimorou e cresceu no mercado não regulado, usufruindo da liberdade e livre concorrência existente, da dinâmica sem controle político normativo, não existindo um regulamento específico sobre qual a abrangência e limites que estes serviços poderiam atingir.

Neste caminho, tendo em vista a dominância no mercado norte-americano de anúncios de internet por ela, as autoridades estado-unidense estão investigando se há concorrência desleal praticada pelo provedor, por motivo de sua inserção em várias camadas econômicas e uso de suas tecnologias em diversos outros aparelhos que forcem que a empresa seja vencedora na concorrência (DANG, 2019, n.p.). No passado já houve condenações neste sentido, assim como no ano de 2019, quando a companhia foi condenada e multada pela União Europeia por concorrência desleal em publicidades e violação à lei antitruste, pois abusou de seu domínio de mercado

ao impor uma série de cláusulas restritivas em contratos com sites de terceiros, o que impedia que seus rivais colocassem seus anúncios de busca nesses mesmos sítios eletrônicos, violando diretamente a concorrência do mercado.

Com a prática de impor cláusula contratual de exclusividade, o provedor conseguiu auxiliar na sua dominância de serviço de links patrocinados em detrimento de seus concorrentes, que não tiveram a mesma inserção e possibilidades. Aliás, os concorrentes não possuem aplicativos e sistemas de celulares que expandem o alcance das plataformas, enquanto a investigada possui, e isto é a maior fonte de acesso aos seus domínios. No ano de 2018 a empresa foi multada pela União Europeia por entenderem que a instituição violou a livre concorrência ao “[...] abusar da posição de liderança do seu sistema operacional para smartphones e tablets, o Android, com o objetivo de garantir a hegemonia de seu serviço de busca on-line” (PORTAL G1, 2018, n.p.). Por tudo isso, pode-se considerar, pelas condenações internacionais, números de acesso e capacidade de agregar dados, que há o domínio no mercado de buscadores e de links patrocinados por parte da Google.

É importante perceber que as inovações tecnológicas não trazem somente benefícios, pois podem aviltar contra a concorrência e, embora devam ser livres para atingir sua finalidade, as entidades regulatórias e de defesa devem avaliar se há restrição à competitividade no âmbito geral, tendo em vista que a regulação deve zelar pelo estado concorrencial atual dos mercados no que diz respeito ao aumento de serviços que migram do tradicional para o virtual (FRAZÃO, 2017, p. 61). Assim, há de se apreciar os meios pelos quais cada empresa auferir a dominância, para que não haja ilegalidades ou tendências contrárias ao livre desenvolvimento da competição no âmbito dos interesses difusos.

Por outro lado, até que seja compreendido que há alguma irregularidade, deve prevalecer a liberdade de investimentos e de uso de novas formas de ganho. No Brasil, a livre iniciativa é um princípio fundamental da República, prevista no artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, corroborando que importa para a sociedade brasileira que haja liberdade no trabalho e na inserção de novas empresas e propostas no mercado, que também são positivadas no artigo 5º, inciso XIII, e artigo 170, “caput”, estando a livre concorrência disposta no inciso IV.

A Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011, que trata diretamente sobre a livre concorrência, em âmbito difuso, tipifica em seu artigo 36, inciso II, que constituem infração de ordem econômica os atos que produzem o efeito de dominar o mercado

relevante de bens ou serviços. No parágrafo segundo, consta que se presume posição dominante de uma empresa ou grupo quando for capaz de alterar, unilateralmente, as condições de mercado, ou controlar 20% ou mais do mercado relevante. Posto a existência da lei, poderia se imaginar que havendo a real dominância de mais de 20% do mercado de serviços de link patrocinados pela Google, e que ela abuse de sua posição dominante, alterando as condições de competição, impondo sua tecnologia através de meios inibitórios, formando contratos que dificultem a inserção de outros e utilizando ilicitamente dados pessoais, poderia se falar em lesão à livre concorrência em âmbito geral.

Sobre a situação de acordar com outras empresas o uso exclusivo da publicidade direcionada do Ads, poderia ser configurada o ilícito previsto no artigo 36, §3º, inciso VI, o que também configura conduta de infração à ordem econômica.

No parágrafo primeiro do já mencionado artigo 36, está descrito que a conquista no mercado resultante de processo natural, fundado na maior eficiência, não caracteriza o ilícito previsto no inciso II e, desta forma, em caso de dominância pelo melhor desempenho de suas funções, não haveria que se falar em lesão à legislação de concorrência.

É dificultoso ao sistema brasileiro, previsto na Lei nº 12.529/11, que protege interesses difusos ligados ao bom funcionamento do mercado e na defesa dos consumidores, reconhecer outras práticas anticoncorrenciais além da dominância de mercado, pois necessita-se de maiores investimentos ao CADE para enfrentar as novas demandas que surgem no Brasil, devendo observar processos administrativos, além da concentração, para averiguar se há condutas abusivas, para que possa frear práticas predatórias das que estão em posição de força maior perante outras no mercado (FORGIONI, 2016, p. 128-129). No caso, no setor de links patrocinados ou de publicidade direcionada na web, para que se averigüe a dominância lícita, ou constate-se ilícita, no âmbito dos interesses difusos, é necessário, pela qualidade e amplitude dos provedores de aplicação, que sejam averiguados os meios pelos quais levaram aquela empresa ao domínio, no âmbito administrativo e contratual, pois só assim será possível maiores dados para constatar se é contrário ao ordenamento. Do contrário, parece coerente que a eficácia da prestação seja o elemento preponderante para o Ads estar em primazia perante outros.

Independentemente de haver a configuração da conduta do Google Ads como infração à ordem econômica ou como conquista natural, fato é que há o domínio do

mercado pela empresa e isso a beneficia, pois pode ditar os rumos do serviço na medida em que o Estado nacional não possui força suficiente para coibir, sozinho, a preponderância no mercado. Conseqüentemente, a empresa pode influenciar também o modo como o consumidor pesquisa produtos e serviços, estabelecendo padrões, arquiteturas, restando o conhecimento sobre o funcionamento como fator importante para efetivamente compreender as responsabilidades que este tipo de provedor terá em situação de danos aos interesses individuais e institucionais ocasionados pelo mau uso de sua ferramenta, na relação interna dos usuários, fatos que são protegidos pela Lei nº 9.279/96, precisamente quando há lesão às marcas e à concorrência leal, haja vista a importância e abrangência de seu funcionamento, deixando as questões no que se refere à ordem econômica apenas para a compreensão da posição de força que o Ads possui perante as suas concorrentes, motivo pelo qual há importância em seu estudo.

### 3.3 Funcionamento do Google Ads

Analisando o funcionamento do Ads, com o escopo de compreender a sua estrutura e vinculações, nota-se que a relação jurídica com o usuário/anunciante ocorre por Termos de Uso, que é o tipo “contratual” utilizado em maior número nos provedores de aplicação, caracterizando-se como contratos eletrônicos de adesão, haja vista ser o documento digital que estipula todo o regramento entre as partes da situação online, sendo uma “lei” imposta unilateralmente pelo provedor e aceito pelo usuário por intermédio de um clique ou de maneira tácita, ao navegar e aceitar a regra apresentada pela plataforma.

Na web vigora a autorregulamentação, de forma que os próprios participantes criam as normas que irão permear a situação aplicada ao caso, diante do dinamismo que as relações do direito digital exigem. Um dos meios é a publicação de *disclaimers*<sup>19</sup>, que é difundido na página dos sites/aplicativos constando as regras que estão sujeitas às situações possíveis do uso do serviço, sendo uma norma padrão para determinada atuação (PINHEIRO, 2016, p. 78). Estes afirmativos de isenção de responsabilidade podem ser apresentados em formato de avisos legais, licenças de uso ou termos de uso/serviço.

---

<sup>19</sup> Isenções de responsabilidade (Tradução nossa)

Muito embora a autorregulamentação seja a base dos regramentos na rede, já há várias legislações que estabelecem proteção às situações ocorridas no mundo virtual, citando-se, como exemplo no Brasil, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18), que não foi elaborada para a rede em específico, mais por regular o uso de dados pessoais aborda a sistemática de arquiteturas de rede para proteção, estando ambas apegadas aos fundamentos, princípios e garantias para legislar sobre as situações online. Foi apresentado (subtópico 1.4) as fases e teorias que a normatividade da rede passou, variando entre a defesa de uma anomia total até o reconhecimento de uma regulação que respeite a técnica da web, com o uso de arquiteturas de controle, apontando que, juntamente à vontade dos usuários, as regras sociais e econômicas, são, atualmente, as bases para a regulação do ciberespaço.

Os termos, *disclaimers* e licenças de uso são apresentas diante das arquiteturas dos provedores de aplicação que sabem que o regramento próprio deve ser destacado logo de início ao usuário, para que ele saiba sobre todos os pontos abordados, e quando adentrar ao domínio do provedor, terá a ciência das “leis entre as partes”. Seu conceito pode ser apegado como documento onde constam as informações de adequação do serviço fornecido na internet às normas legais (TEIXEIRA, 2018, p. 249)

Não é um documento qualquer, pois enuncia as informações sobre os serviços ou produtos de um site ou aplicativo, comunicando ao usuário sobre o modo de funcionamento do sistema, uso de dados pessoais, formas utilizadas para proteção de privacidade, formas de uso das ferramentas, regras internas dos serviços e demais elementos necessários que devem ser disponibilizadas aos usuários, sendo de suma importância para a relação estabelecida entre os internautas e os provedores de aplicação, devendo haver um entendimento sobre sua natureza.

De início, há de se compreender os termos diante do local eletrônico em que se encontra e da forma documental com que se apresenta. Por este motivo, Ricardo Luiz Lorenzetti (2004, p. 128-131) explica que documento eletrônico é a declaração assentada em *bits*, e não em átomos, e seu nome advém do conceito físico dele, de ser uma declaração de vontade emanada e destinada a produzir efeitos jurídicos, diferenciando-se em eletrônica e imaterial.

O órgão CONARQ informa que o documento eletrônico é aquele registrado e codificado em forma analógica e em dígitos binários, enquanto o digital é aquele que

seria acessado por sistema computacional. Pela codificação binária é plausível o adjetivo eletrônico para documentos gerados por impulsos elétricos, cabendo a expressão “documento eletrônico” para ambas as situações. Além disso, existem legislações que amparam seu conceito, que se inicia pela Medida Provisória nº 2.200-2/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. Sua finalidade é autenticar e validar os documentos eletrônicos e no artigo 10 há a descrição de que “Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória”, enquanto a Lei nº 11.418/06, em seu artigo 11, projeta que “Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais” (TEIXEIRA, 2018, p. 179-180).

Ainda no âmbito normativo há a Lei nº 19.874 de 20 de setembro de 2019, denominada Declaração de Liberdade Econômica, que tem a finalidade de tornar mais prático e fácil o ato de empreender no território brasileiro, propondo eficácia ao princípio da livre iniciativa, modificando a Lei nº 12.682/2012 que dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos e a Lei nº 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Em ambas as legislações foi introduzido a possibilidade de armazenamento e registro de documentos eletrônicos.

Entretanto, o documento digital concretizado no Termo de Uso vai além de uma mera declaração de vontade, porquanto concretiza-se em uma declaração destinada a constituir determinados efeitos jurídicos de cunho negocial, possuindo todos os elementos existenciais gerais do negócio jurídico, como forma (digital/eletrônica), objeto (fornecimento de serviço/produtos) e circunstância negocial (o significado da declaração emitida pelo usuário que deseja ter acesso às funcionalidades do aplicativo ou site). Há, também, os elementos extrínsecos, que são o tempo, agente e lugar. Não bastasse, há os categoriais, considerados como os próprios de cada tipo de negócio. “Os elementos categoriais não resultam da vontade das partes, mas sim, da ordem jurídica, isto é, da lei e do que em torno desta a doutrina e jurisprudência constroem” e são eles que diferem o tipo de negócio que confluirá cada declaração com circunstância negocial (AZEVEDO, 2002, p. 32-35).

No caso dos Termos, suas características existenciais categoriais aparentam estar atrelados ao contrato. Há todos os elementos específicos do tipo:

[...] é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelo princípio da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 51).

Com o conceito apresentado, destaca-se que o negócio jurídico em análise possui todos os requisitos para ser considerado um contrato, porque detém todos os elementos, variando apenas a sua forma, que é eletrônica/digital. Assim, configura-se em um contrato eletrônico, entendido como “aquela celebrada via computador, em rede local ou na internet. A princípio, essa contratação se dá no mesmo molde da contratação ‘convencional’ [...] No entanto, é a forma que vai variar.” (TEIXEIRA, 2018, p. 240) e Cláudia Lima Marques (2004, p. 35-36), por seu turno, prefere a denominação de contratos de comércio eletrônico.

A despeito dos termos atenderem as características existenciais categoriais de um contrato eletrônico, como demonstrado, há de se observar que está presente a falta de negociação sobre o regramento imposto, configurando-se em um contrato eletrônico de adesão, como expressa o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 54, pois surge na tela do usuário para clicar em aceita-las, sem qualquer discussão sobre as cláusulas, ou mesmo, por vezes, sem aparecerem para o internauta, mas incidindo quando o mesmo utiliza dos serviços dos sites/aplicativos, impondo tacitamente a forma de funcionamento e demais aspectos sobre o serviço do provedor; não há discussão ou modificação substancial de seu conteúdo pelo consumidor. O usuário deve aceitar ou não, não havendo debates sobre o regramento exigido, inclusive sobre forma de pagamento, que também é imposta pelo provedor.

Em grande número, os contratos celebrados na internet são do tipo adesão, configurado pelo clique no termo “aceito” para expressamente aderir a todas as condições dispostas. A motivação para o uso do contrato de adesão está no fato de que se necessita de uma padronização para prover maior rapidez e dinamização na administração das aplicações (TEIXEIRA, 2018, p. 247). Esse tipo de funcionamento também se aplica às licenças, usualmente utilizadas nas comercializações de softwares que se configuram, portanto, em contratos de adesão e pressupõem a concordância do consumidor em face das cláusulas gerais predeterminadas (MARTINS, 2016, p. 131-133). O que se percebe é que o provedor utiliza de arquitetura de escolhas para apresentá-los, e sabe que o humano prefere clicar rapidamente em um ícone para ter logo o resultado que almeja, ao invés de ficar lendo

cada ponto ou mesmo discutindo cada regra para usufruir do serviço, desta forma, utiliza o tipo de arquitetura de escolha padrão chamado de “escolha obrigatória”, pois somente clicando no “aceite” é que o internauta terá acesso ao serviço. Destaca-se a explicação por este padrão:

Acreditamos que a escolha obrigatória, opção preferida de muitos defensores da liberdade, às vezes é o melhor caminho. Mas vamos refletir sobre dois pontos dessa abordagem. Primeiro, muitas vezes os humanos consideram um incômodo a obrigação de escolher e preferem contar com uma boa opção-padrão pré-configurada e selecionada. No exemplo do software de computador, de fato é útil saber quais são as configurações recomendadas. A maioria dos usuários não quer ler um manual incompreensível para escolher a configuração. Quando a escolha é complicada e difícil, ficamos muito gratos por ter um opção-padrão sensata pré-selecionada. Não há por que forçar as pessoas a tomar decisões.

Segundo, em geral a escolha obrigatória é mais adequada para respostas simples., do tipo “sim ou não”, do que para escolhas mais complexas (THALER; SUSTEIN, 2019, p. 103).

Isso posto, conclui-se que os Termos de Uso do Ads é um documento eletrônico concretizado em contrato eletrônico do tipo “de adesão”. No que tange ao funcionamento, caracteriza-se por anúncios que podem ser feitos por intermédio de quatro tipos de mídia: anúncios de texto, anúncios gráficos, anúncios em vídeo ou anúncios de aplicativos (GOOGLE, s.d., n.p.). O primeiro passo para utilizá-lo é abrir uma conta, que permitirá administrar sua campanha (MONTEIRO, 2009, p. 16-17) e é aqui que o usuário pode indicar qual meta de publicidade deseja. Na sequência, deve adicionar os dados pessoais ou da empresa que irá pagar o anúncio (AUGUSTO; RODRIGUES, 2019, p. 12-13).

São três as metas apresentadas pelo provedor: gerar mais chamadas, gerar mais visitas na loja física ou gerar mais inscrições ou vendas pelo site (EDITORA WALTER CERQUEIRA, 2020, p. 30), em diante, ao abrir a conta, é possível iniciar uma campanha ou “projeto de divulgação de seu negócio”, que é definido através da escolha do público-alvo, tipo de mídia que será atrelada ao anúncio e escolha do orçamento (MONTEIRO, 2009, p. 20), estabelecendo a área de alcance de seu anúncio, que pode ser por quilometragem da região onde o empresário está instalado ou especificar cidades e regiões predeterminadas (GOOGLE, s.d., n.p.).

Ato contínuo, deve ser escolhida a vinculação de palavras-chave, que são aquelas que ligam a pesquisa do usuário ao link da anunciante (MONTEIRO, 2009, p. 31-46). Elas podem ser compreendidas como os caracteres de maior relevância no

tipo de campanha de pagamento por clique, as quais podem ser simples palavras ou frases, sendo seguro realizar uma pesquisa prévia para que o anunciante saiba quais são as mais digitadas pelos consumidores do segmento desejado. Ainda, as palavras podem ser genéricas ou específicas, necessitando levar em consideração aquela que melhor explique o seu produto, sob pena de cair em generalidades e gastar por fluxo que não será convertido em venda, cabendo, inclusive, a possibilidade de colocar palavras negativas para que quando digitadas não vinculem ao seu anúncio (AUGUSTO; RODRIGUES, 2019, p. 14-17).

No ato de escolha, o anunciante pode colocar a palavra, expressão ou frase que desejar, não havendo óbices impostos pelo provedor sobre a escolha, aparecendo novas sugestões a cada expressão eleita. Posteriormente, é imposto ao usuário a decisão de indicar quanto quer gastar (GOOGLE, s.d., n.p.). Este é um ponto de acuidade para a compreensão da responsabilidade do estudado provedor, haja vista que é da escolha da palavra-chave que poderá configurar alguma lesão às marcas e concorrência, devendo-se frisar que o Google não tem ingerência na escolha, não havendo edição ou filtro perpetrado por eles, havendo apenas ferramentas denominada de *Keyword Planner* que podem auxiliar na opção, sendo sugestões, sem interferência na decisão do usuário que tem liberdade para decidir (EDITORA WALTER CERQUEIRA, 2020, p. 42-48). A escrita está totalmente nas mãos do usuário, não havendo edição, controle ou censura pelo Google (AUGUSTO; RODRIGUES, 2019, p. 22-28).

Nos Termos de Uso está descrito sobre a liberdade que o anunciante tem ao usar a ferramenta de dicas, conforme segue:

[...] A Contratante não será obrigada a utilizar esses recursos e, quando aplicável, poderá habilitar ou desabilitar esses recursos. Entretanto, se a Contratante optar por os utilizar, então a Contratante será a única responsável pelas Opções de Segmentação, Anúncios e Destinos (GOOGLE, s.d., n.p.).

A importância da boa escolha da palavra-chave está na vinculação que um cliente em potencial terá ao escrever o termo que o anunciante escolheu e pagou, alocando o reclame em posição de destaque no terminal, cabendo ao anunciante decidir qual o máximo de gasto terá com sua publicidade, pois cada palavra tem um custo pautado na sua maior procura, o que será de livre autonomia do internauta apontar seu gasto máximo e mínimo (EDITORA WALTER CERQUEIRA, 2020, p. 49).

Portanto, o funcionamento do Ads configura-se em aceite aos Termos de Uso, que são documentos eletrônicos de contrato de adesão, donde consta todo o regramento auto elaborado pelo provedor, iniciando-se a campanha com a abertura de conta, escolha de região e segmentação de público e posterior vínculo de palavras-chave, que são decididas livremente pelo anunciante, denotando que o provedor não tem ingerência na escolha e no conteúdo do anúncio, não praticando censura e não sendo coeditor ou participe do reclame.

### **3.3.1 Aspectos do comportamento humano no funcionamento do Google Ads**

A arquitetura e funcionamento do Ads pode ser pauta de estudos comportamentais de escolhas humanas que, conforme se verificará, não é de todo racional, e as ferramentas que trabalham no contexto da internet são conhecedoras desta situação e utilizam de meios para alcançar as vontades dos usuários, apelando para seus desejos expressos nos usos dos provedores de aplicação, materializados através de dados pessoais.

A publicidade direcionada na internet se apega às emoções e preferências para fomentar nos internautas a vontade de clicar em anúncios e o desejo de adquirir um determinado produto, utilizando-se de meios de compreensão de sentimentos, como análise de emoticons, tipos de vídeos e músicas que as pessoas estão ouvindo, dentre diversos outros dados apresentados, fazendo com que haja a aplicação das emoções e sentimentos no intento de o provedor ofertar avisos em suas respectivas plataformas (BIONI, 2020, p. 18-22), possuindo o Ads um arcabouço funcional que emprega estes elementos, materializado no ato de convergir uma pesquisa no buscador em resultados de anúncios. Rememora-se que a publicidade direcionada é diferente da comparativa, esta usa das qualidades dos produtos para realçar o interesse, enquanto a direcionada tem a motivação do desejo vinculado as emoções humanas, motivo pelo qual se mostra condizente o conhecimento das maneiras como o anseio de escolha se manifesta no “ser”.

O vínculo da publicidade com o psicológico humano não é um estudo novo, pelo contrário, a própria ligação entre os dois é um dos motivos da existência dos reclames, para que desperte o desejo de compra. Os norte-americanos criaram uma fórmula denominada de AIDA – Atenção, Interesse, Desejo e Ação – para que a

publicidade alcance o denominador final que é a convicção, entendida como o resultado de fomentar o agir na atividade de aquisição na marca que está sendo divulgada. Para eles, um bom anúncio deve chamar a atenção para, em sequência, levar ao interesse sobre aquilo e despertar o desejo de posse/propriedade, caracterizado na ação de o humano ver o aviso e querer ir até o produto, após o próprio “ter tocado no sentimento dele”. A publicidade deve cumprir com a missão de fazer com que o indivíduo tenha anseio em querer o que se oferta, sob pena de ser um dinheiro mal investido. Na questão emocional e sentimental, o elemento desejo deve preponderar no subjetivismo humano, sob pena de, se não tocar neste âmago, não ser um aviso considerado válido. Contudo, alcançado o desejo, deve-se chegar à convicção, caracterizada na sobressalência da marca divulgada perante outras, pois de nada adiantaria despertar a vontade se o consumidor comprar do concorrente, por não ter causado a certeza de adquirir determinada marca. Muitas vezes um produto é considerado bom porque o resultado do aviso causou esse impacto nele, mesmo que nem tenha usufruído do bem, diante da força psicológica da convicção, que faz o cliente crer que aquele artigo é íntegro (MALANGA, 1976, p. 42-47), e é por este motivo que se deve conhecer do resultado emocional da publicidade, posto que é nele que está a força de uma marca, o que garante ânimo perante a concorrência.

A partir da compreensão de que os fatores emocionais e sentimentais devem despertar o desejo no consumidor, e que a publicidade direcionada na web usufrui dos dados pessoais dos internautas para que os utilize em prol da construção da convicção de que a marca anunciada é realmente boa, há razão para que se considere a publicidade virtual um interesse a ser protegido pelo direito, diante da amplitude de alcances que irradiam da situação, sob pena de a concorrência leal e justa ser lesionada através de práticas ilícitas.

Diante do valor que o direito atribui à justa luta no mercado econômico, merece ser analisado alguns defeitos e técnicas do comportamento humano “não racionais”, emotivos, sentimentais, que influenciam na escolha do consumidor e que torna o seu conhecedor “poderoso”, pois ele pode usar deste para causar um desejo de compra e danificar a convicção de alguma marca já consolidada no mercado, sendo o Ads uma ferramenta propícia para a prática, diante do sujeito incerto do espaço virtual, servindo esta análise para conhecer algumas das teorias sobre o comportamento humano no momento de escolha.

O caminho que percorria a técnica publicitária, em décadas passadas, focava em um “ser racional”, donde apenas os cálculos lógicos eram pauta para explicar o consumo, ante a proeminência da teoria e economia liberal que considera a escolha do humano que usa da razão e, nesta direção, os anúncios deveriam ser informativos ao invés de usarem de outros apelos. Mas, com o tempo, a técnica publicitária mudou e começou a perseguir os gostos do público, dividindo-se em apreciações psicológicas, cujo alvo é o consumidor individualmente previsto, e sociológicas, em que se estuda uma massa de pessoas para compreensão das preferências do público-alvo, tendo como princípio a compreensão da relação do homem com a coisa (LAGNEAU, 1981, p. 29-34). Ambas as técnicas surgiram diante de questões feitas pelos próprios publicitários sobre grandes resultados alcançados por determinadas campanhas, enquanto outras não tinham o mesmo acerto, estando a resposta na saída do pensamento unicamente racional, com o uso de pesquisas da qualidade humana e suas preferências. No mesmo sentido, iniciaram-se estudos comportamentais e econômicos que vão, assim como a publicidade, pesquisar metodologias que expliquem o motivo de o sujeito escolher determinadas posições ao invés de outras, denominando-se de “economia comportamental”.

É de Daniel Kahneman (2012, p. 10-14) uma das mais importantes pesquisas e contribuições sobre o tema e que podem ser aplicadas ao caso. Para descobrir o método de como os humanos tomam decisões, o pesquisador desmistificou a ideia dos anos 70 de que o humano é, em sua maioria, escolhedor de um ato racional e que emoções como o medo, afeição e ódio explicam ocasiões em que eles se afastam da racionalidade. Para chegar ao resultado, ele destaca dois caminhos que mostram como os indivíduos escolhem opções, abarcando os erros, que são denominados de vieses, e o uso de técnicas, que são nomeadas de heurísticas. Tanto os vieses quanto as heurísticas estão presentes nas escolhas dos indivíduos no ato de clicar em links de patrocínio.

Pelo didatismo da compreensão, as pesquisas afirmam que a mente operaria em dois sistemas denominados: 1 e 2. O sistema 1 seria a operação rápida do cérebro, que atua com pouco ou nenhum esforço, com nenhuma percepção do controle voluntário, enquanto o sistema 2 alocaria atenção às atividades mentais laborais, muitas vezes detendo escolha e concentração. O sistema 1 e 2 se complementam, “[...] O Sistema 1 gera continuamente sugestões para o Sistema 2: impressões, intuições, intenções e sentimentos. Se endossadas pelo Sistema 2, impressões e

intuições se tornam crenças e impulsos se tornam ações voluntárias” (KAHNEMAN, 2012, p. 16-34).

Tomando-se por base que há duas formas de a mente trabalhar, vários aspectos do comportamento e da impressão que se pode perceber em situações do cotidiano vão influenciar o ser “racional” a tomar uma decisão de clicar em um link de publicidade. O sistema 2 contabiliza quando há uma necessidade de esforço do humano, alocando toda a atenção para que as ideias possam emergir na mente e possa haver uma ação (que pode estar incluso a tomada de decisão) que depreenda memória, concatenando conhecimentos. Assim, para o uso do sistema 2 é necessário que o corpo pare e preste atenção no que está fazendo (KAHNEMAN, 2012, p. 16-51). No que se refere ao Ads, como já descrito anteriormente (subtópico 3.3), sua arquitetura foi elaborada para que uma resposta rápida surja após digitar-se uma palavra, sem que o usuário gaste atenção, favorecendo que não haja esforço na busca de seus resultados, promovendo o funcionamento do sistema 1, que é adepto às sugestões, sem auxílio de uma memória de atenção. Aqui remete-se ao estudo de Richard Thaler, Sustein e Balz (2015, p. 47-63), que refletem sobre recursos externos aos indivíduos que os influenciam na escolha, alegando que a arquitetura do ambiente e a forma como são apresentadas as opções influenciam na eleição. Da mesma maneira que a disposição de comida em um refeitório culmina em influenciar na maior saída dos alimentos que estão em primazia, a arquitetura do Ads estende-se na decisão pela forma como são oferecidos os anúncios, destacados e apresentados como primeiros resultados da pesquisa, fomentando que se consuma eles ao invés dos outros que estão em posição mais distantes, isso pelo auxílio do sistema automático da mente, denotando que a arquitetura é um fator de suma importância.

O sistema 1 é rápido, associativo, em que se detecta relações simples com aquilo que se vê, sobressaindo para integrar informações de “uma coisa”, não lidando com focos múltiplos, sendo dificultoso ao uso de estatísticas. Neste sentido, é o sistema utilizado para associar ideias que aparecem com o simples observar de uma palavra, que vai ativando outras, formando um pensamento associativo. Dá-se o nome desta associação de *Efeito Priming*, que seria a decorrência de como o cérebro relaciona palavras, demonstrando a modificação imediata e mensurável do pensamento na ligação de uma expressão com outras que estejam em sua área de atuação: “Como marolas num lago, a ativação se difunde por uma pequena parte da vasta rede de ideias associadas. O mapeamento dessas ondulações é atualmente um

dos desafios mais empolgantes na pesquisa psicológica” (KAHNEMAN, 2012, p. 47). É possível estimular as pessoas através da apresentação de dicas, de forma visível, para determinar o comportamento delas, e as palavras funcionam para a finalidade, principalmente para o uso dos *nudges*, ou cutucões, estímulos ou “empurrões”, que estão na arquitetura de funcionamento de algo e que estimula um comportamento de maneira previsível sem que se vete outras opções, defendidos por Richard H. Thaler e Cass R. Sustein (2019, p. 84-86) é a maneira pela qual há uma proteção para escolhas livres e, no Ads, é perceptível que sua estrutura auxilia que os efeitos rápidos garantam pouco esforço no raciocínio e rápida ação de convergir a pesquisa feita no clique ao anúncio destacado.

O funcionamento do Ads faz com que o sistema 1 possa trabalhar sem necessitar do sistema 2, fomentando o efeito de que a expressão digitada seja associada pela mente do indivíduo juntamente a todas as ligações que apenas aquele sistema possa fazer com a palavra, favorecendo que se crie ligações mentais com o link sem necessitar de esforço, fomentando a vontade no usuário, de conhecer mais sobre o que foi apresentado. Este fato torna a prática de utilizar símbolos ou expressões famosas uma ação que favorece a prática anticoncorrencial, pois, o anunciante de má-fé pode se beneficiar do sistema 1 do internauta, que fará ligação imediatas com a imagem e poderá clicar em seu link pela rápida associação que fez, sem perceber que está adentrando em domínio diverso do sinal que associou, diverso da impressão que lhe foi criada, aproveitando-se da convicção que a publicidade da original conseguiu causar em seus clientes.

Importante perceber que a simplificação da escolha está no ato do provedor e não no humano, “facilitando” o consumidor para eleger uma compra de um determinado produto, que paga pela preferência, ao invés de deixar a cargo do humano fazer todas as ligações possíveis com o resultado de sua procura, como uma espécie de filtro, que é característico de arquiteturas de decisões complexas (THALER; SUSTEIN, 2019, p. 111-114).

Além da impressão, destaca-se a perspectiva de quem escolhe algo. Richard H. Thaler (2019, p. 17-25) reconhece que o humano não toma atitudes totalmente racionais, propondo uma abordagem da economia que reconheça a existência e relevância do humano como ele o é, e não apenas na sua racionalidade, e nota que há vieses que vão influenciar nas tomadas de decisões. No caso, internautas que utilizam provedores de busca para encontrar links não são, de fato, todos seres

estritamente racionais econômicos. O pesquisador diz que há um contraponto às ciências que se fundam na total racionalidade do humano, emergindo a tese da perspectiva, que foi criada por Daniel Kahneman e Amos Tversky, sendo uma forma de contabilizar as escolhas reais tomadas pelas pessoas comuns, que não são naturalmente pensadores economistas (Econs, como prefere o autor), inserindo-se na posição delas para compreender o que foi escolhido. Foca na mudança que é experimentado pelo eleitor, pois é na mudança de situação que estaria a maior percepção do acontecimento (THALER, 2019, p. 39-48).

Além da intuição e impressão (que o sistema 1 causa), influenciadas pela arquitetura das opções, a perspectiva de quem escolhe detalha a aversão à perda, que é um sentimento de diminuição que influencia mais do que a sensação de ganho, mesmo em quantidades idênticas sobre um mesmo objeto, tornando o horror à redução um forte sentimento no momento da escalação. Este sentimento é notado na perspectiva que se tem do indivíduo que perdeu, pensando na experiência vivida pelo humano inserido nesta realidade. “[...] experienciamos a vida em termos de mudanças, temos uma redução de sensibilidade tanto de ganhos quanto de perdas, e perdas machucam mais do que o prazer dado por ganhos de tamanho equivalente” (SANTIAGO; CANTE; 2009, n.p.). O sentimento de diminuição seria duas vezes maior que a felicidade na aquisição, mantendo o partícipe do sentimento em inércia, para que conserve a situação atual e não “sinta-se diminuído em seus pertences”, operando como um *nudge* cognitivo, sendo um meio de impulso para evitar mudanças (THALER; SUSTEIN, 2019, p. 44-45).

A perspectiva de aversão à perda no Ads pode estar no fato de que quando há destaque de um link, o sujeito pode não querer perder a oportunidade de clicar no domínio, ao invés de perder tempo na procura de outro, pois o sentimento de perder tempo tem grande incidência, além da insegurança na procura em uma lista de possibilidades que sua palavra-chave gerou e que pode ser demasiadamente extensa. É tomando a perspectiva do sujeito que se percebe uma das facilidades de quem anuncia, pois ele sabe que terá a vantagem de o que foi exposto será efetivamente visto. O benefício está em causar a primeira impressão e não propiciar perda de tempo ao indivíduo que digitou a palavra. É a perspectiva do sujeito interferindo na escolha.

O uso ilícito desta vantagem, além das já referidas, também pode ser proporcionado pela limitação cognitiva que as impressões causam ao internauta. É importante lembrar da dificuldade humana de quem não é habituado ao uso cotidiano

da matemática e da estatística. Os anunciantes que utilizam de meios fraudulentos no Ads se beneficiam da dificuldade que o humano tem com probabilidades, pois os anúncios que não são pagos (orgânicos) e são apresentados em posição de primeira lista possuem uma probabilidade de conexão com a palavra digitada de modo natural, posto as estatísticas de conversão, enquanto os anúncios pagos são apresentados apenas por serem monetizados. Assim, o consumidor que não é atento à probabilidade, pode escolher o que em primeira posição lhe aparece, mesmo que seja patrocinado e não orgânico, diante do viés da dificuldade em entender números e probabilidade de convergência (KAHNEMAN, 2012, p. 145-150). A disponibilidade é outra heurística que pode estar presente, pois é o modo de como a mente humana tende a crer que experiência já vividas sejam mais comuns do que aquela que nunca tenham sido vivenciadas, mesmo que a probabilidade seja baixa (THALER; SUSTEIN, 2019, p. 35-37). No caso, quando um internauta já teve a experiência de escrever uma palavra no buscador e surgiu um link pago em primazia que lhe rendeu o domínio que procurava, faz com que esteja disponível na mente deste indivíduo a sensação de que é provável que isso irá ocorrer novamente, ou que na maioria das vezes estará certo, tornando dificultoso crer que algum link diverso do que procura aparecerá antes do verdadeiro, sendo mais uma heurística que pode estar presente no uso do Ads.

Há o viés da ancoragem, que pode ocorrer em situações de *priming*. O ideal de associação das palavras ou expressões faz com que surjam sugestões que formam uma espécie de fixação, que seria pautar um raciocínio a partir de uma expressão previamente estabelecida pelo efeito *priming*, forçando a mente a trabalhar com aquela informação como se fosse um pressuposto para, então, partir para uma decisão (KAHNEMAN, 2012, p. 145-150). Esse efeito pode atuar como um *nudge*, influenciando a escolha do internauta e sugerindo o ponto de partida em seu processo de pensamento (THALER; SUSTEIN, 2019, p. 33-35). No caso do link de patrocínio, a impressão causada pela ligação feita entre o resultado da pesquisa e o anúncio destacado em primeiro lugar ocasiona o efeito de ancoragem na mente da pessoa, fazendo-o entender que os primeiros resultados seriam os mais próximos do que ele realmente busca, pois parte-se deste pressuposto inicial para eleger uma opção. Diante disso, anúncios que utilizam expressões e imagens já consolidadas no mercado beneficiam-se do efeito da mente humana, possibilitando ao anunciante mal-intencionado convergir pesquisas em seu link apenas por estar em primeira opção ao

pagar mais e usar imagens e frases já conhecidas que fomentarão a fixação de legitimidade, bancando com que o sujeito clique em seus domínios.

Mais um fator que pode estar presente é a confiança excessiva que os internautas têm em relação ao serviço de links, predispondo à validade de que o que está lhes sendo apresentado em primazia seria coerente com a pesquisa realizada, promovendo ao anunciante evitado de má-fé que se aproveite e inclua em seu anúncio meios de desviar ilicitamente a clientela, como o uso de expressões e imagens de terceiros. O internauta pode construir uma “história de validade” em sua mente, fundamentado no sentimento sobre o serviço de links, podendo atribuir este fator à ilusão de validade.

Todos estes fatores podem entusiasmar na tomada de decisão dos humanos que, inseridos na realidade do link patrocinado, elucidam o motivo de anunciantes praticarem concorrência desleal por meio desta ferramenta de publicidade, diante do conhecimento de que a tomada de decisão do sujeito não é totalmente racional, mas temperada de emoções.

Por fim, interessante destacar alguns pontos abordados por Maurice E. Stucke (2007, n.p.) sobre aspectos do comportamento humano que podem influenciar o antitruste no século XXI. Muito embora tenha o autor tomado como objeto a prática que lese a livre iniciativa em um parâmetro social, alcançando o mercado como um todo, é de se frisar a visão de que as corporações são formadas por seres humanos heterogêneos, e, por isso, todos os aspectos da conduta humana podem ser encontradas nas empresas, sendo estes fatores de influência na decisão da instituição em cometer ato contrário à concorrência ou não, além de que, nem o próprio mercado é inteiramente racional, servindo os estudos da economia do comportamento como forma de compreender o motivo da escolha dos agentes em agirem contrário à legalidade. No caso, cada empresa tem diversidades de conhecimentos, além de éticas e morais diversas de seus funcionários, e isso influencia na maneira com que irá competir no mercado, sendo irracional tanto quem anuncia quanto quem compra, o que demanda uma atenção do direito para estes fatores.

Portanto, o funcionamento e arquitetura do Ads permitem que anunciantes mal-intencionados possam usufruir de vieses e heurísticas na tomada de decisão dos sujeitos para angariarem vantagens ilícitas, aproveitando-se da rápida impressão do sistema 1, da arquitetura do anúncio, da perspectiva de quem pesquisa, aversão à perda, da dificuldade do humano com probabilidades, da disponibilidade, da

ancoragem e da confiança excessiva como defeitos e técnicas nas escolhas, o que explica o uso da ferramenta em práticas contrárias a concorrência.

### **3.4 Concorrência Desleal no Uso do Google Ads**

Demonstrado a arquitetura, funcionamento e comportamentos atrelados ao uso do Google Ads, juntamente a sua importância como serviço de link patrocinado dominante no mercado, deve-se atentar que há, assim como no ramo de propaganda tradicional, atos que são contrários à concorrência proba, límpida e leal, sendo diferente pelo fato de estar inserido no padrão da virtualidade, descentralização e horizontalidade, o que demanda uma análise à respeito da relação formada no uso do Ads e das normas de concorrência, abarcando os aspectos técnicos da internet para que se alcance a real compreensão do papel do provedor ante situações lesivas a marca e competição no mercado de seus anunciantes.

Ao observar a estrutura de funcionamento do Ads, é possível averiguar que o anunciante tem liberdade de escolher a palavra-chave que quiser para vincular a pesquisa do usuário ao link de propaganda e utilizar qualquer imagem e frase que seja de seu deleite. Também é o anunciante quem decide, edita e controla a substância de seu site ou página, não havendo um exercício de autoridade pelo provedor sobre estes. A arquitetura de funcionamento permite que qualquer palavra possa ser escolhida, inclusive aquelas que remetam a nome de marcas famosas, produtos e serviços registrados e patenteados, sem que haja uma averiguação pelo provedor sobre o real titular daquilo que é ofertado, e isso pode lesar marcas, desviar clientela e causar confusão nos clientes, sendo práticas de concorrência desleal, à luz da lei nº 9.279/96.

É importante destacar que todas as qualidades descritas cumprem com a finalidade do serviço ofertado ao internauta, que é destacar avisos em primazia e apresentar resultados de pesquisa. Tal passividade do provedor no momento da escolha da palavra é harmônica com a garantia da liberdade de expressão, comunicação, manifestação de pensamento, liberdade dos modelos de negócio, livre iniciativa e outros direitos, fundamentos e garantias.

Ao comparar o funcionamento do Ads com as normas que regem a web, especialmente com Marco Civil da Internet, nota-se que há convergência com o fundamento da liberdade de expressão, (Art. 2º, “caput”) e livre iniciativa (Art. 2º, inciso

V). Também com os princípios da garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento (Art. 3º, inciso I) e a liberdade dos modelos de negócios promovidos na rede (Art. 3º, inciso VIII).

Todos estes fundamentos e princípios são parâmetros para que não haja intervenção do provedor na escolha de qual conteúdo ou palavra será disposto no serviço de link patrocinado, estando o Ads com estritamente vinculado ao Marco Civil. Ademais, a lei, em seu artigo 9º, prevê a isonomia no tratamento de pacote de dados, o que permite a concorrência, pois “qualquer pessoa pode inventar uma nova aplicação e disponibilizá-la na rede, sem solicitar permissão a ninguém, sem ter de pagar nada a mais por isso, além da contratação da banda larga necessária para a consecução de seus serviços com qualidade” (VANCIM; NEVES, 2015, p. 39). Logo, qualquer internauta pode, ao comprar um serviço de conexão, criar seu próprio espaço na web sem que outro interfira, estando garantido o acesso igualitário entre os usuários de banda larga e, de maneira ampla, significa que não cabe a outro fiscalizar ou dificultar o conteúdo alheio, seja não promovendo mais gastos, ou não imputando novas obrigações.

Quanto a livre iniciativa, ela pode ser entendida como “liberdade de empresariar (desenvolver) uma atividade econômica lícita, implicando na possibilidade de entrar, permanecer e sair do segmento empresarial em que se atua” (TEIXEIRA, 2019, p. 556). Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p. 505), aludindo à lição de Manoel Afonso Vaz, explicam que o princípio tem atrelado à liberdade de empresa, - entendida como liberdade de investimento ou acesso à empresa -, a liberdade de organização e contratação, não podendo ser analisada solitariamente, mas em concordância com a propriedade privada, função social, defesa do consumidor, livre exercício da profissão e proteção do trabalho, não sendo um direito absoluto.

Este fundamento é encontrado no inciso IV, do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, e tenciona demonstrar os valores que a República brasileira pretende atingir, não apontando quais meios devem ser utilizados para o resultado, sendo o destinatário final o comando do Poder Público e os particulares, não podendo ser vista desatrelada da valorização social do trabalho e vice e versa, posto que não há palavra em excesso no enunciado legal, necessitando o valor dos princípios serem mensurados conjuntamente, atrelando importância social do trabalho com a livre iniciativa (BARCELLOS; BARROSO, 2018, p. 136-137). Portanto, a liberdade de

empresariar possibilita a utilizando de inovações no mercado, valorizando o trabalho e a economia do país sem que o Poder Público e particulares criem óbices desnecessários ao funcionamento, estando o Ads na estrada da inovação e liberdade de empreender. Deixar à cargo do provedor a tarefa de fazer uma prévia análise sobre quem tem o direito de usar determinada palavra, imagem ou símbolo, é subjetivo a ponto de tornar-se insustentável o exercício comercial do serviço, o que seria contrário ao modelo de negócio e a livre iniciativa, pois o provedor, enquanto particular, iria adentrar ao espaço virtual e controlar outro empresário, causando cesura ao cidadão.

No ano de 2019 o Brasil legislou sobre a liberdade econômica, na busca de prover maior eficácia ao fundamento, elaborando a Lei nº 13.874/19, denominada de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que em seu artigo 3º, inciso IV, prevê os direitos de desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente. No que toca aos links de propaganda, é notável que eles são tipos de serviço adjuntos às novas tecnologias consolidadas internacionalmente, e que não são diretamente reguladas, o que torna efetivo seu uso à luz da liberdade de empresariar, não havendo deveres que os obrigue a censurar ou controlar as palavras escolhidas pelos anunciantes. Não bastasse, há garantias previstas no artigo 4º da Lei 13.874/19, que descreve ser vedado ao Poder Público o abuso regulatório que de maneira indevida aumente os custos de transação sem demonstração de benefícios (inciso V) e restrinja o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico (inciso VIII). Por dedução, percebe-se que se houvesse a obrigatoriedade do provedor em fazer uma censura prévia sobre as palavras-chave e conteúdo do link, haveria um aumento de custos, pois seria necessário maior aparato tecnológico e necessidade de avaliação de documentação para saber se o indivíduo tem direito ao uso da marca ou patente (o que só cabe ao INPI e Judiciário) e, não obstante, haveria uma restrição à publicidade e propaganda, o que está diretamente vetado pela Declaração de Liberdade Econômica.

O direito de concorrência fundamenta-se pela proteção às inovações, e é com a sociedade informatizada que nascem fenômenos que modificam as dinâmicas dos mercados, tornando essencial a garantia de segurança aos novos modelos que vão surgindo, principalmente os disruptivos, que não encontram barreiras para sua evolução, o que os permite alcançar o desenvolvimento esperado (FRAZÃO, 2017, p.

58-59). Portanto, a arquitetura do Google Ads, que permite ao anunciante escolher a palavra-chave sem censura do provedor, juntamente à possibilidade de linkar a domínios que possam ou não ter conteúdo lesivo, está em total conformidade com a legislação vigente e com a estrutura do funcionamento disruptivo dos links patrocinados, que não podem ser onerados desproporcionalmente, sob pena de inviabilizar seu uso e seu significado enquanto aparelho que inova e promove o empoderamento de várias categorias de empreendedores.

Por outro lado, a livre iniciativa na web não pode ser aberta a ponto de lesar terceiros, em especial os consumidores e outros empresários e empresas, conforme artigo 170, incisos IV e V, e artigo 173, § 4º, ambos da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual deve ser observado que, embora o Google não censure o que é postado no link, os conteúdos dispostos por alguns anunciantes podem estar em contrariedade às intenções legais.

O tema recebe maior proporção quando nota-se a posição relevante no mercado em que está inserido o Google Ads, que é o agente dominante no setor e que não possui outros provedores capazes de efetivar concorrência para com seu serviço (subtópico 3.2), o que pode sujeitar o comportamento de outras empresas pelo exercício de monopólio da Google, resultando que seu formato de arquitetura molda todos os envolvidos, influenciando outros provedores a não controlar o que é postado e, conseqüentemente, fazendo de sua arquitetura uma regra entre os tipos do mesmo ramo. Como entende Paula Forgioni (2016, p. 272), a posição dominante é decorrente do poder detido pelo agente no mercado, assegurando a possibilidade de atuar com um comportamento independente e indiferente em relação a outros atores do mercado e, por essa razão, é importante lembrar que embora lícita a dominância do provedor Google (até que se prove o contrário), é sua forma de atuar que pauta o mercado de links patrocinados, provendo uma disposição que influencia como os agentes deste mercado vão se relacionar neste segmento, inferindo a isenção de participação do provedor na escolha das palavras-chave também nas ferramentas de seus concorrentes, tornando esta prática uma regra para todos os links patrocinados.

A luta mercadológica entre os particulares também deve respeitar as leis concorrenciais, e é neste ponto que se situam as lesões que interessam a este estudo. A lei que regula a concorrência no âmbito social e coletivo é a Lei nº 12.529/11, denominada “Lei Antitruste”, que visa a proteção contra infrações à ordem econômica,

enquanto a Lei nº 9.279/96 regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, que visa a proteção contra condutas unilaterais. Ambas são fundamentadas pelo artigo 170 da Constituição Federal de 1988, na busca de limitar a livre iniciativa ao consenso solidário.

Nesta pesquisa, o enfoque são as lesões diretas entre os concorrentes, que ocorrem dentro da plataforma Google Ads e violem direito da propriedade industrial, tutelada pela Lei nº 9.279/96, não abarcando infração à ordem econômica como um todo, sendo a reparação civil, no Judiciário, a via de proteção contra os excessos (FRAZÃO, 2017, p. 430-431). A lei que protege atos unilaterais surge da necessidade de proteção à criação humana de viés industrial, para garantir uma competição saudável no mercado àquele que inova e produz. Antes da Revolução Francesa, com o regime das corporações de ofício e monopólios que eram garantidos pelos decretos reais, não havia competição em um mercado aberto, o que causava a falta de “luta” industrial. Mas, com o fortalecimento da natureza de criação artística, emergiu a necessidade humana de identificação da origem dos produtos, para que outros não fornecessem bens como se fossem seus, para que outros não ganhassem benefícios e valores as custas dos reais detentores, sendo reconhecido a marca como bem imaterial cuja propriedade era possível, culminando na consideração da marca de comércio, marca de serviço, título do estabelecimento e a insígnia, proteção ao nome do estabelecimento e sobre os sinais e frases usados nas publicidades (SILVEIRA, 1987, p. 11-15).

A lei de propriedade industrial é a que almeja promover a proteção sobre os bens imateriais de cunho mercadológico, tendo histórico de preservação à liberdade e de importância não apenas local, mas internacional. José Carlos Tinoco Soares (1990, p. 7-15) apresenta o significado de prêmio que o direito de propriedade industrial garante ao seu autor trabalhador que inovou, com a exclusividade temporária para seu uso, diante do caráter de desenvolvimento da indústria que carrega implícito, que é de interesse coletivo e deve ser garantido além dos limites territoriais de cada nação, motivo pelo qual houve a reunião de alguns países no ano de 1883, na Convenção de Paris, para firmar bases sobre o tema. Após algumas reformas em outras convenções, o Brasil teria consagrado a convenção com a reforma ocorrida em Haya, no ano de 1925, estabelecendo no artigo 10-bis que os países contratantes seriam obrigados a assegurar aos cidadãos dos países envolvidos efetiva proteção contra concorrência desleal, que seria aquela contrária as práticas honestas em

matéria industrial ou comercial, principalmente aquelas que criam confusão e alegações falsas que desacreditem o concorrente. Além do preceito, deveria ser assegurado meios de repressão para que fosse efetivo o direito previsto, abarcando o âmbito penal e civil, a primeira com pena de detenção ou multa e a segunda por meio de indenizações. Como a Convenção estabelece princípios básicos, cabe a cada país legislar especificamente quanto a matéria, passando o Brasil a regular a matéria, inicialmente, pelo Decreto nº 24.507 de 1934, e que foi modificado no caminho do tempo até o estado atual.

A Lei nº 9.279/96 é a regulação nacional mais atual sobre o tema, e prevê práticas contra a concorrência no artigo 195, configurando-se como desleal as práticas de: publicar, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, para obter vantagem (I), prestar ou divulgar informação falsa do concorrente (II), empregar meio fraudulento para desviar clientela (III), usar expressão ou sinal de propaganda alheio (IV), usar indevidamente nome, insígnia, ou título do estabelecimento, ou vender produtos com essas referências (V), substituir, pelo seu próprio nome, razão social ou nome de outrem (VI), dentre outros. Em destaque, as práticas dos incisos III, IV, V e VI são, por vezes, configuradas no uso do Ads pelos anunciantes, como conduta criminosa, e que pode culminar em danos patrimoniais e extrapatrimoniais da empresa.

Diante deste todo, compreendendo que o Ads tem seu funcionamento fundado na livre iniciativa e na inovação, respeitando regramento de concorrência e internet, o foco seguinte será compreender algumas hipóteses de lesão à concorrência praticada pelos usuários de seu serviço, que ocorrem na relação adentro da plataforma.

### **3.4.1 Desvio de clientela, confusão e concorrência parasitária no uso do Google Ads**

Analisando algumas hipóteses de atos anticoncorrenciais praticados entre os particulares no uso do Ads, nota-se que é possível, sem prejuízo de outros, o desvio de clientela, confusão e concorrência parasitária, que são práticas tipificadas como crime pela Lei nº 9.279/96, sendo estes os pontos que causam maiores discussões no uso da ferramenta, pois, com a prática, leva-se a lesão a direitos subjetivos e interesse juridicamente tutelado, em que há violação a dever originário de não lesar a concorrência e que, uma vez violado, origina a obrigação de ressarcir o dano causado.

Aliás, não só de atos tipificados como crimes é que há o dano, existindo o resultado em qualquer ato que viole a propriedade industrial, desvie a clientela, que prejudique a reputação ou crie confusão.

Na internet, é essencial o uso de métodos para que seja mais fácil o encontro de sites no caos que forma o ciberespaço, prevalecendo a liberdade geral no uso de referências em links. Os problemas aparecem quando há a incorporação de material comercial, industrial ou de serviço alheio em seu uso, e para que o direito tenha interesse nesta ocasião, devem os materiais estarem protegidos juridicamente. Essas são ponderações feitas por José de Oliveira Ascensão (2002b, p. 195-198) sobre a proteção ao direito do autor na internet, porém, reconhece-se que se encaixa aos direitos de propriedade industrial, notadamente em hipóteses de concorrência desleal, pois se há incorporação de material alheio em endereço diverso, a instituição que os inseriu aproveita-se da atividade alheia.

Dentre as práticas, há tipos expressos na lei como crimes, como o desvio de clientela, segundo artigo 195, inciso III, da Lei nº 9.279/96, que se enquadra quando o sujeito emprega meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem. Já os atos de confusão e concorrência parasitária estão previstos nos artigos 189, I e 195, IV, V e VI da Lei nº 9.279/96. A confusão configura-se quando os efeitos de utilizar marca alheia, expressão, nome comercial ou razão social mostram-se dificultosos ao cliente, obstaculizando a distinção entre o real proprietário dos elementos, levando-o, conseqüentemente, a confundir-se. A concorrência parasitária, por sua vez, ocorre quando um anunciante se aproveita do bom nome de outrem que atua no mesmo segmento, com o propósito de desviar a clientela daquele, seu núcleo está na possibilidade confusória com o uso sistemático e contínuo do proveito de estudos, despesas, inovações e penetração da marca do concorrente, para tentar enganar e desviar o fluxo da atenção dos clientes do outro (BARBOSA, 2009, p. 43-44).

Além dos crimes previstos, o artigo 209 expressa que há o direito de ressarcimento dos prejuízos causados por atos de violação aos direitos de propriedade industrial e de concorrência desleal tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio, abarcando, portanto, atividades que são crimes e as que não são, mas que lesionem o interesse ou a direito subjetivo concorrencial de outrem.

Importante conceber o que é a violação ao interesse contrário a concorrência, pois, como se averiguou (subtópico 2.5), o dano é lesão a interesse juridicamente protegido ou a direito subjetivo, sendo figuras diferentes na situação jurídica que a relação destaca. Adelaide Menezes Leitão (2000, p. 42-52) diferencia entre concorrência no fundamento jurídico e no aspecto econômico, explicitando que no jurídico o ato de concorrência só pode ser problematizado quando representar um desvalor à norma imposta, enquadrando-se como um ilícito, não cabendo sua ponderação apenas pelo critério de desvalor econômico, sendo incorreto algumas concepções da concorrência desleal que pautam na sua funcionalidade, a qual a deslealdade é vista somente como desvio de clientela. Também não está correta a concepção estrutural que se apega ao conceito de mercado, propondo um entendimento que combine as duas, onde o desvio de clientela, em alguns atos, permite entender a concorrência desleal e, em outros, deve-se analisar a estrutura de mercado para identificar o ilícito. A concorrência, para sua ressarcibilidade civil, necessita ser ponderada pelo foco do dano que produz, quando forem oriundos de supressão de uma vantagem tutelada pelo direito, que vai contra os valores e interesses juridicamente protegidos, disposto no corpo normativo Constitucional e nas leis que regulam a situação.

Portanto, apenas os danos que estão inseridos na conjectura contrária à legalidade seriam inerentes à concorrência desleal, não cabendo ao direito analisar danos advindos da concorrência leal, ou que apenas cause desvalor econômico, pois estes são permitidos.

Quanto ao interesse, Denis Borges Barbosa (2009, p. 31-48) reconhece que a concorrência tem um aspecto público e privado concomitante, pois a Constituição limita a interferência do Estado ao mesmo tempo que o obriga a garantir a existência de uma luta justa entre os participantes, reprimindo monopólio e concentração de poder econômico. Há competição quando produtos e serviços do mesmo segmento disputam espaço no mesmo tempo, local e com público determinado, e o que a lei protege não é o estabelecimento em si, nem a ideia organizada da empresa, mas a expectativa razoável de que haja competição, estando o conceito de lealdade e seu inverso associado ao padrão esperado de comportamento, motivo pelo qual não é só pelo dolo que há o prejuízo. O padrão comportamental não está na lei, mas no fato em si, que seja contrário aos usos e práticas honestas, mensurados pelo *standard* de competição em um mercado determinado. A régua do padrão de comportamento não

está na boa-fé objetiva nem subjetiva, mas na materialidade da expectativa do investidor, em que na prática inesperada advém o excesso. É lícito que se use de ideias alheias para incrementar sua produção, desde que não tenha uma qualificadora que modifique o simples uso em um abuso, como no caso da confusão que faz o consumidor errar o proprietário do que lhe é ofertado. Apregoados a diferenciação fática, quando se há uma conduta contrária a um direito certificado em registro, há o dano, mas, quando não há, a lesão é mensurada através da prática costumeira de cada segmento, sendo contrária ao direito aquela que ultrapassar os limites aceitos por cada atividade.

Ao analisar o que seria o significado de interesse juridicamente tutelado (subtópico 2.5.1), apresentou-se a doutrina de José de Oliveira Ascensão (2002a, p. 108-110), de que se deve focar na finalidade da norma para reconhecer quais são os interesses que ela protege, quando não estão consagrados em um determinado direito subjetivo e, neste contexto, a concorrência desleal é referida como uma proteção conferida aos interesses dos partícipes da relação de luta no mercado econômico, configurando-se como direito subjetivo através de uma atuação absoluta ou relativa pela ordem legal, mas, estando a concorrência contrária aos padrões da Lei nº 9.279/96, notadamente dos costumes e boa-fé concorrencial, há possibilidade de que o lesado reaja com ação de perdas e danos. Especialmente, poderia se remeter a possibilidade de lesão a interesse corporativo, que seriam os que dizem respeito a certos grupos ou categorias, ou mesmo o individual, levando-se em consideração somente um sujeito determinado, como empresa ou pessoa física. Desta maneira, ao verificar que o artigo 209 permite ao lesado haver perdas e danos em caso de concorrência desleal não previstos na lei, nota-se que se trata de um direito subjetivo conferido ao prejudicado, de buscar a reparação contra quem violou seu direito subjetivo ao uso da patente, ou ao seu interesse concorrencial factualmente demonstrado, sendo este o dano ressarcível.

Perante esse todo, parece ser concebível que o interesse lesado está na expectativa razoável de competição no mercado, que será violado quando atos contrários aos usos e costumes de cada segmento forem perpetrados, ou quando houver violação direta ao direito subjetivo de uso de uma marca ou técnica industrial que seja reconhecida por patente.

Como o foco é o agravo, Carlos Alberto Bittar (1989, p. 67-68) explica a distinção entre os ilícitos concorrenciais penais e os civis, afirmando que quando há

ato humano inserido no tipo da lei, configura-se o crime na esfera penal, porém, no âmbito civil, não necessita haver a tipificação em um dos artigos de lei para configurar, bastando que ocorra lesão apta a definir-se como atentatória ao concorrente, a seu estabelecimento ou a seus produtos.

O que se percebe, é que além da expectativa de concorrência proba, a lesão atingiria o estabelecimento e os produtos do prejudicado, haja vista o foco de tirar proveito da clientela alheia, mesmo que não seja crime, havendo o critério de apreciação pela confusão de estabelecimentos de qualquer natureza (SOARES, 1990, p. 2002).

No que tange ao Google Ads, o referido artigo 209 é explícito em elencar como prejuízo civil os atos tendentes a prejudicar a reputação ou negócios alheios, ou que criem confusão entre estabelecimentos ou produtos. Analisando o elemento humano da responsabilidade, o ato do indivíduo que tenciona lesar refere-se àquele realizado nos parâmetros da autonomia da vontade do agente que utiliza o provedor de aplicação com o propósito de causar prejuízo a outros concorrentes, ceifando a expectativa de luta justa no mercado, independentemente de ser um ato taxativo ou não. São hipóteses em que há autonomia de vontade do anunciante, eivada de má-fé, que usa a ferramenta para lesar terceiros, quebrando a confiança no uso e auferindo vantagens ilícitas em detrimento do concorrente. Quanto à referência da autonomia de vontade, diz respeito a uma manifestação da autodeterminação, onde o sujeito tem a liberdade de exercer, ou não, poderes jurídicos (ASCENSÃO, 2002a, p. 77-78). Rememora-se que o link de patrocínio não precisa de um agente intermediador, pois está inserido na realidade horizontal perpetuada pela rede, donde os partícipes só necessitam de acesso à internet para que o serviço seja realizado, restando apenas ao internauta decidir se vai agir dentro dos parâmetros da lei ou não.

No caso do desvio de clientela no Ads, ela se conforma quando o anunciante usa uma palavra-chave que remeta diretamente ao produto ou serviço do concorrente, fazendo seu anúncio aparecer em destaque quando o internauta digita uma palavra que está totalmente atrelada às tecnologias, produtos ou serviços específicos de outrem, podendo, neste caso, o link patrocinado convergir clientes alheios para seu domínio eletrônico. De tal modo, a primeira forma de lesão está no uso de uma palavra-chave que remete a um concorrente, que pode levar ao erro o consumidor/internauta, que crê estar recebendo links pertencentes a uma determinada empresa ou indivíduo, mas que, na realidade, teve como destaque um

link pertencente a outra, diversa da que estava procurando. Marcelo Goyanes (2007, p. 174-176) apresenta um problema muito comum na internet, que é a constante violação ao uso de marcas aplicadas em nomes de domínios que reproduzem as de terceiros, na ânsia de lesar o concorrente, afirmando que este ato se denomina *cybersquatting*. O ato lesivo que pode ser praticado no Ads não se configura em um registro de domínio por um concorrente que não detêm a marca ou nome social, mas uma forma de usar o nome social ou a marca para causar erro na percepção do internauta, para fazê-lo crer estar clicando no link de uma empresa diversa da que realmente está sendo navegada, o que não configura o *cybersquattin*. No entanto, é parecido quando se entende o intento de um concorrente assumir, pelo uso da palavra, a aparência de estabelecimento de seu concorrente. É como refere José Carlos Tinoco Soares (1990, p. 199-200), quando dissertou sobre o cometimento de crime de concorrência desleal, ponderando que é necessário a adoção de um nome, elementos gráficos, de maneira expressa por palavras ou números, ou de sinal conjecturado em um tipo de letra, número desenho ou emblema, que uma vez registrado e utilizando sem consentimento seria crime, ou mesmo quando ainda que sem registro, mas que fosse a expressão de uso constante e efetivo, sem anterioridade por terceiros, confirmando a concorrência desleal.

Posto estes detalhes, é evidente que o uso de qualquer expressão vinculada a uma marca anterior ou nome empresarial nas palavras chaves, que tenha registro ou que seja de constante e efetivo uso por terceiro, provocará a concorrência desleal no Ads.

Sobre os efeitos, apesar de o dano ocorrer pela quebra da expectativa de luta justa entre as partes, os efeitos estendem-se para o estabelecimento virtual e seus desdobramentos, entendido como:

[...] o local não físico para onde os clientes também 'vão' em busca de negócios. O estabelecimento virtual é identificado pelo nome de domínio. Assim, o site empresarial, ou o estabelecimento virtual, passa a ter aptidão de produzir lucros para o empreendedor (TEIXEIRA 2018, p. 300-301).

A qualidade de o espaço virtual de uma empresa produzir lucros a partir de fatores pessoais, materiais e imateriais, é um atributo do estabelecimento, sendo a clientela um de seus fatores. Para Fábio Ulhoa Coelho (2016, p. 49-50) usar a expressão estabelecimento virtual é aplicar metáfora, pois tem semelhanças com sua figura comum, destacando que, inclusive, pode haver fundo de comércio, que é o valor

agregado do conjunto de bens que compõem o espaço da empresa na web, estando envolto nestes elementos a quantidade de internautas que visitam o domínio, o layout da página, o sistema de segurança de dados, agregando valores próprios que, juntamente à marca, formam o estabelecimento.

Mas há quem compreenda o contrário, pois quando uma empresa tem um estabelecimento físico e atende também pela internet, o local da web se concretiza em um ponto virtual e não estabelecimento em si, sem deixar de reconhecer que quando uma empresa existe somente no ciberespaço, concretiza-se o conceito próprio de estabelecimento (MAMEDE, 2020, p. 283). Em ambos os casos os valores investidos pela empresa para promoção de seu ponto ou estabelecimento são passíveis de proteção, tanto pelo aviamento quanto pelo benefício de mercado agregado, sendo, portanto, bens protegidos pelo direito.

E não é só o estabelecimento que é lesado, deve-se adentrar ao entendimento do que é clientela, que é diretamente atacada com a prática ilícita. A palavra é oriunda do direito romano, onde a expressão vinculava-se ao indivíduo que não pertencia à família e a ela se agregava para proteção do *pater familias*. Também se vincula ao ideal de freguesia, que é a expressão utilizada pelo direito canônico para expressar o indivíduo que se orientava espiritualmente pelo vigário da região. Freguês é o habitante da freguesia (REQUIÃO, 2006, p. 345). Enquanto os juristas italianos voltaram seus estudos para o aviamento, os juristas franceses voltaram-se para a clientela. Na França, a clientela é elemento essencial do estabelecimento/fundo de comércio.

Para Oscar Barreto Filho (1988, p. 180-181) freguês seria o termo correto para descrever os indivíduos vinculados a um estabelecimento pelos seus fatores objetivos, de localidade. Já, clientela, teria a concepção de descrever o indivíduo que consome os produtos ou serviços da empresa, diante de sua qualidade subjetiva. Tanto o aviamento quanto a clientela não pertencem ao estabelecimento, mas são levados em consideração para avaliação de valores no mercado em uma possível alienação, pois a empresa é uma organização viva, atuante. No momento em que ela cessa suas atividades, o aviamento e a clientela desaparecem (REQUIÃO, 2006, p. 348).

No caso, quando há um desvio da clientela por meio do uso de palavras-chave que estejam atreladas a outra empresa, pode-se estar desvalorizando todos estes elementos, juntamente ao estabelecimento virtual, causando efetivo prejuízo a todos

os valores agregados, pois o estabelecimento, aviamento e os bens materiais e imateriais da empresa são interesses juridicamente tutelados.

Ao ponderar sobre as situações e os resultados danosos causados pelo mau uso da publicidade comparativa, que é diversa do método utilizado pelo Ads, nota-se, conforme o decidido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em processo nº 1033575-12.2019.8.26.0100, que não configura concorrência desleal o uso de expressão vinculada a uma marca para comparação de preços em plataformas digitais. O Tribunal compreendeu que mesmo em serviços de anúncios que compraram preços, como Google Shopping, em que há checagem de vários produtos de marcas diversas, há o fortalecimento do consumidor que recebe mais possibilidades de compra, além do livre exercício da iniciativa e concorrência, não configurando ilícito o fato de uma palavra-chave linkar vários produtos do mesmo gênero, de empresas distintas.

Por meio desta ferramenta, de um lado, fortalece-se o princípio da defesa do consumidor, que tem a liberdade e oportunidade de comparar e adquirir, de modo prático, eficaz e consciente, aquilo que melhor atenda aos seus interesses.

De outro lado preserva-se princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, permitindo que os fornecedores ofereçam no mercado seus produtos ou serviços a preços e qualidades competitivos, beneficiando não só a empresa anunciante, mas também os que dela dependem (empregados, parceiros, fisco, etc) (TJSP, Ap. nº 1033575-12.2019.8.26.0100, 2020, n.p.)

Por isso, nota-se que não é qualquer uso de palavra-chave em buscadores que configura o dano concorrencial, a diferença está na comparação de preços com o direcionamento. Na técnica comparativa há fortalecimento da concorrência, pois o consumidor terá informação sobre as qualidades do produto ou serviço, diferente no Ads, que é plataforma de publicidade direcionada e que, se por acaso uma expressão que remete a uma empresa linkar a sua oponente, ao invés de fortalecer o mercado desinformará o consumidor e possibilitará que o usuário de má-fé receba benefícios com o fluxo da clientela alheia. Remete-se à importância que os dados pessoais e sentimentos expostos pelos usuários na web possuem para o convencimento em comprar uma determinada marca, que usa de heurísticas e vieses para a decisão e que, por muitas vezes, elas auxiliam no engano (subtópico 3.3.1).

Na publicidade direcionada o desvio configurar-se quando há utilização de nome igual ao do concorrente ou análogo na escolha da palavra que linkará o anúncio, ou quando as disposições externas do anúncio sejam iguais a do outro, fazendo o

usuário não discernir qual o original (ALMEIDA, 2004, p. 140-145). Aliás, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a prática ilícita pelo uso de expressão idêntica ao nome de uma concorrente no uso de links patrocinados, conforme REsp nº 1.606.781-RJ, diante do fato de que, além de o causador utilizar a expressão que remetia ao nome da concorrente, havia o uso de identidade visual e nomenclatura muito parecido com o oponente, o que acabava por desviar a clientela que estava no ambiente virtual:

Hipótese em que a prática de concorrência desleal pelo uso indevido de marca e pelo desvio de clientela foi exaustivamente comprovada nos autos, não apenas pelo simples uso, pela ré, da expressão "URBANO", mas pela conjugação desse fato com a utilização de cores e layout que apresentam enorme semelhança com os padrões adotados pela autora, com a declaração dos próprios idealizadores do site de que se valeram desse artifício para serem reconhecidos no mercado eletrônico e com a contratação de links patrocinados adotando-se como palavra-chave a expressão "PEIXE URBANO" e suas variações (STJ, REsp 1.606.781-RJ, 2016, n.p.)

Portanto, a concorrência desleal pelo uso de palavras-chaves no link patrocinado configura-se pelo uso de expressões vinculadas com alguma corporação que possui o direito de uso de um sinal distintivo, ou mesmo por termo que remete a tecnologia e experiências ofertado por outro. Em hipótese de mero comparativo de preço, parece que não há o dano, pois a clientela se beneficia com mais informações sobre produtos fortalecendo a competição, onde a expectativa é alcançada por todos na relação.

Outro ato anticoncorrencial que causa lesão a interesse tutelado pelo direito é a confusão. Para Marcelo Goyanes (2007, p. 52), uma das formas mais comuns de concorrência desleal é a confusão por associação, que se constitui em confundir o espírito do consumidor para captar a clientela alheia, aproveitando-se da boa imagem do concorrente. No Ads, a prática confirma-se quando o anunciante adota no conteúdo de seu link frases que o identificam com o outro, com o nome, imagem ou marca de terceiros, tentando causar desordem direta ao internauta, que não saberá a diferença entre o verdadeiro e o desleal, tipificando, inclusive, em crimes, como os dos artigos 189, I e 195, IV, V e VI da Lei nº 9.279/96.

Os atos de confusão, muitas vezes, acabam por se identificarem com a publicidade, denominando de "publicidade confusória" (PEREIRA, 2001, p. 131-134). Para conformação, não é nem preciso que a remessa pela imagem, expressão ou insígnia seja completa, confirmando a lesão com a simples possibilidade de gerar

dúvidas ou incerteza no consumidor por meio da associação indireta dos elementos que identifiquem determinada empresa (GOYANES, 2007, p. 53). José de Oliveira Ascensão (2002b, p. 200-203), ao ponderar sobre o uso de “navegadores” que levam conteúdo aos “navegantes”, infere que se há intromissão de um concorrente sem que o internauta tenha pesquisado por ele, diverso do que estava se dirigindo, cria-se confusão com a entidade-alvo e isso é motivo de competição desleal, mesmo que não haja direta indução em erro, pois quando alguém se dirige a “a” e recebe “b”, o ato está contrário as normas e usos honestos daquele ramo de atividade.

Inclusive, há concorrência desleal mesmo em situação de não haver o registro da marca, quando utilizado por aquele que não detém sua fama, diante da confusão entre os estabelecimentos e produtos, ferindo o aviamento do estabelecimento, principalmente em casos de publicidade (SILVEIRA, 1987, p. 64-65).

O terceiro meio de desvio de clientela é a concorrência parasitária, tipificada como crime no artigo 195, III e VI da Lei nº 9.979/96. Ela concretiza-se em meios e atos que findam por tirar proveito indevido da reputação de concorrente do mesmo segmento, explorando o bom nome e fama no mercado (GOYANES, 2007, p. 56-57). É possível averiguar a configuração da prática quando o anunciante coloca em seu texto de anúncio frases que remetam à notoriedade de seu concorrente, com a finalidade de confundir e angariar a clientela do outro, usando de sua boa reputação. Isto também ocorre quando é identificado o uso do nome próprio ou social do concorrente, aplicando-o em seu produto.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em processo nº 1048955-12,2018.8.26.0100, ao analisar o recurso de apelação em ação de obrigação de fazer (ato de concorrência desleal), em que foi imposto, em primeiro grau, ao Google Ads, a obrigação de retirar o termo “*moderninha*” e “*minizinha*” como palavra chave de pesquisa para produtos e links do seguimento de mercado de máquinas de cartão, impôs, também, que o provedor não aceitasse contratar com outras empresas que apresentem nas palavras-chave os nomes dos referidos sinais, decidindo que estaria correto o reconhecimento de que o uso de palavras que vinculam às marcas registradas, por atores do mesmo segmento, configura lesão à livre concorrência, conformando aproveitamento parasitário o emprego indireto pelo uso do nome do concorrente, explicando que:

[...] o destaque dado aos resultados patrocinados (anúncios) que se aproveitam de pesquisas com palavras chaves de marcas alheias, para

divulgar produtos ou serviços no mesmo segmento empresarial, em ambiente virtual, caracteriza uso parasitário da marca de outrem e configura ato de concorrência desleal, nos termos do art. 195 III, da lei 9.279/96, visto que o intuito é desviar o objeto do resultado da pesquisa, para divulgar anúncios de resultados de produtos ou serviços concorrentes (TJSP, Ap. 1048955-12.2018.8.26.0100, 2020, n.p.)

Há outros julgados do mesmo Tribunal reconhecendo a prática de concorrência desleal e aproveitamento parasitário através do uso do Ads. Destaca-se a decisão em processo nº 1004439-39.2019.8.26.0562, em situação de uso de expressão “Grão de gente” por uma empresa que não é a detentora da marca registrada, para que convertesse pesquisas com a expressão em anúncios destacados, compreendendo, o Tribunal, o que segue:

[...] A utilização dos chamados “links” patrocinados gera a caracterização da concorrência desleal, quando vinculada, numa ferramenta de busca na rede mundial de computadores uma palavra capaz de remeter a uma marca de titularidade de concorrente, potencializado confusão no público consumidor, com enquadramento no artigo 195, inciso III da Lei 9.279/1006 [...] Persiste, a partir da instrumentalização da ferramenta de busca, a sobreposição da apresentação de um produto ou serviço fornecido por uma empresa menos conhecida àquele oferecido por um concorrente mais conhecido com o aproveitamento parasitário da fama alheia, o que implica na violação das regras de conduta impostas para a salvaguarda da convivência entre os empresários, conformando, ao contrário do proposto pela ré, ilicitude (TJSP, Ap. 1004439-39.2019.8.26.0562, 2020, n.p.)

Há acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que é apresentado a curiosidade que até a data de 30 de janeiro de 2020 (data do acórdão), havia quarenta e três decisões reconhecendo a prática de concorrência desleal, desvio de clientela e aproveitamento parasitário no uso do Ads, pontuando que, em sua visão, estaria definido o posicionamento unânime no reconhecimento da prática (TJSP, Ap. 1006104-58.2018.8.26.0196, 2020, n.p.).

Em síntese, a diferença entre o ato de desvio de clientela, confusão e concorrência parasitária no Ads é mínima. Na concorrência desleal própria, a prática é diretamente voltada à captação ilícita de clientela com o uso de palavras-chaves, não necessariamente causando confusão, mas apresentando em destaque uma marca registrada e atrelada a um concorrente. Na segunda, onde há confusão, utiliza-se palavras, imagens, distintivos ou frases parecidas com seus concorrentes, no destaque dos links e/ou no domínio que o link anuncia, com o objetivo de enganar o internauta para que adentre em um estabelecimento virtual diverso, confundido o

consumidor. Na terceira situação, o ato está em usar frase ou palavra que remeta diretamente ao bom nome da empresa de mesmo segmento do anunciante.

### **3.4.2 Uso ilegal de marcas no Google Ads**

O ato de desvio de clientela, confusão e concorrência parasitária no uso do Ads, como visto, causam lesões a expectativa justa e legítima de concorrência, alcançando, em consequência, o estabelecimento virtual e seus desdobramentos, como a clientela e a marca.

A conceituação do que é a marca é muito parecida perante a doutrina, posto ser um elemento consolidado no âmbito jurídico. Pode-se estabelecer que é todo nome ou sinal hábil para indicar uma mercadoria, produto ou serviço, e que situa com o consumidor uma identificação (SILVEIRA, 1987, p. 19); sinal identificador, sendo o meio empregado pelos empresários para individualizar seus produtos e serviços, diferenciando-os dos demais existentes no mercado (SCHMIDT, 2019, p. 9); sinal gráfico distintivo, que se aplica na indústria e no comércio, para despertar a atenção do consumidor, tratado como uma propriedade intelectual intangível, que é assegurado por lei para amparar os investimentos realizados (GOYANES, 2007, p. 7-8).

A proteção da marca está na Lei de Propriedade Industrial - Lei nº 9.279/96 - no artigo 2º, inciso III e artigo 122, que conceituou que são “[...] os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais”. Para Denis Borges Barbosa (2009, p. 100) ela seria um direito próprio da clientela, pois é a forma pela qual o público poderá identificar a produção exclusiva de um determinado comerciante ou industrialista que detém sua propriedade.

Segundo os conceitos descritos, é notório o interesse econômico e jurídico para que se proteja a nomenclatura distintiva de produtos e serviços, junto aos sinais referentes, atribuindo propriedade e exclusividade no uso de uma marca, sendo o caráter distintivo, de diferenciação perante outros, a que sobressai, pois é um bem imaterial criado para individualizar uma invenção comercial, industrial ou de serviços, atrelado à clientela, que é um bem imaterial.

O caráter de diferenciação com qualquer outro do mercado é onde reside a sua função, este é o motivo dela ser distinta, especial e inconfundível: distinto pelo uso ou pelo registro; especial diante de sua singularidade; inconfundível para satisfazer as

características de elevação e de especialidade. Só com esses traços é que se atesta sua origem e procedência sobre aquilo que identifica, e é por isso que também é conceituada como “[...] o sinal pelo qual o produto é conhecido e distinguido no mercado consumidor”. Quanto a ser um sinal, pode-se aplicar o conceito mais amplo possível, muito em razão da criatividade e novidade de objetos que vão aparecendo na evolução social (SOARES, 1968, p. 37-41).

Além da principal função, Denis Borges Barbosa (2009, p. 102-112) apresenta outras, submissas a principal, que seriam: assinalar a marca, vinculando-se a determinado produto ou serviço e a mais nenhum outro; distinção, diferenciando-se como uma unicidade; comunicação, sendo o efeito pelo qual aquele determinado sinal tem um significado próprio, que vai sendo construído pelo seu público, como uma espécie de autoria coletiva, com uma circulação cultural; persuasória, na ânsia de vender através de vínculos publicitários.

O que se destaca das subfunções apresentadas pela doutrina, além da distintiva, é sua força publicitária de ligação e construção cultural em que o próprio público vai agregando valores ao bem descrito pelo sinal, garantindo valor de persuasão ao ser anunciada em qualquer meio de comunicação, inclusive e especialmente nos links patrocinados.

A importância é tamanha que há previsão constitucional, exposta no artigo 5º, inciso XXIX, necessitando de lei ordinária para todos os desdobramentos do tema, motivo pelo qual há a Lei nº 9.279/96, que incluiu o regime jurídico de proteção misto, em que é necessário o registro para que se tenha a propriedade da marca, porém, no momento de seu depósito já lhe é garantido direitos de uso. Também há reconhecimentos de direitos para quem tem marca de notoriedade e para quem já a utiliza em primazia, mesmo que sem registro (SCHMIDT, 2019, p. 35-41).

É no interesse de que haja uso correto do poder distintivo que o manuseamento inadequado de uma marca, por meio de publicidade, causa concorrência desleal, motivo pelo qual é previsto sua proteção mesmo sem que haja o registro, denotando que o valor que se busca garantir através da norma alcance, inclusive, os sinais que ainda não foram reconhecidos pelo órgão competente, mas que já são notoriamente manifestos.

O histórico de formação da marca inicia-se desde os tempos remotos, com uso de nomenclatura sobre o local de onde vinham os produtos, sendo uma posse “pública” por todo os localizados em sua origem. Em diante, iniciou-se a identificação

com a adoção pura e simples de coisas que existem, como o nome dos próprios fabricantes ou comerciantes, ou de pessoas ilustres, o que causava problemas em relação aos homônimos, evoluindo para a permissão e uso de palavras criadas aleatoriamente, sem a necessidade de relação necessária com o fruto a que refere (SOARES, 1968, p. 42-47). Atualmente, ela deve ter consigo a novidade, principalmente em relação aos serviços que irá remeter, sendo considerado novo em relação ao mercado que se insere. Também é necessário que seja lícita, em respeito ao artigo 124 da Lei nº 9.979/96. (GOYANES, 2007, p. 12-15).

O que se percebe é que para distinguir algo, a criatividade e a inovação devem estar em conjunto, para ser jovem diante daquilo que busca identificação única, sob pena de não alcançar a finalidade de sua existência, qual seja: distinção perante seus semelhantes e perante o próprio mercado amplamente visto. Apesar de a criatividade ser uma necessidade para que destaque perante outras, a finalidade da norma não é vedar o uso por terceiros, como se denota do artigo 132 da lei, portanto, a propriedade do sinal seria uma afetação abstrata de elemento nominativo ou figurativo que tem um fim determinado (BARBOSA, 2009, p. 99).

As formas podem variar, havendo as nominativas, quando o signo consiste em umas simples palavra e elementos textuais que não têm forma figurativa; a figurativa, que é a consistente em símbolos, desenho, imagem, figura ou forma estilizada; mista, que incide na reunião entre a nominativa e a figurativa e, além dessas, há o tipo denominado de tridimensional, que são as figuras plásticas do produto ou embalagem que possuem efeito técnico. Pode ser um formato do produto ou a própria embalagem (GOYANES, 2007, p. 17-18).

O tipo tridimensional possui importância com o advento do digital, posto associar-se ao domínio, que é o endereço eletrônico onde o conteúdo, produto ou serviço é apresentado. Na internet, o aspecto técnico é predominante, não há diferenças e divisões por ramos de atividades, uma vez que o endereço eletrônico tem um princípio único, o que permite lesão à marca no meio virtual sem que necessariamente haja uma diferenciação no segmento que está atuando, pois, pelas características da web, a luta entre concorrentes pode ocorrer em planos de segmento distintos, com empresas lutando pela mesma clientela no ciberespaço, que são internautas. Por este motivo, os links patrocinados, especialmente o Google Ads, tornam-se meios de lesão a marcas, tendo o assunto recebido destaque no ano de

2006 com a legislação americana denominada de *Trade Marker Dilution Revision Act* (PINHEIRO, 2016, p. 186-189).

O interesse americano em legislar ocorreu pela situação de diluição de marcas conhecidas e famosa no uso de publicidades na web, principalmente por links patrocinados, em que se pode atrair a clientela que uma marca conhecida possui, para convergir em acesso a site estranho ao sinal famoso, enganando o cliente e auferindo lucro com a prática.

É importante ressaltar que a boa fama é que faz com que a marca tenha poder de atração da clientela. Diante disso, a lei brasileira prevê dois tipos de proteção para os signos famosos: no artigo 125 da Lei 9.279/96 estão as de alto renome, com proteção especial em todos os ramos de atividades, no artigo 126 está a tutela para a de notoriedade conhecida, sem a necessidade de estar previamente registrada no país. As de alto renome gozam de extensividade para todas as áreas, independentemente de risco ou confusão de atividade, enquanto as de notoriedade estende-se apenas aos produtos e serviço que tenham conexão com os que tradicionalmente são oferecidos por ela, alcançando o prejuízo de seu interesse, entendendo, diverso de outras doutrinas, que a notoriedade de uma marca é verdadeira fonte de direitos (SCHMIDT, 2019, p. 139-142).

Pela ampla possibilidade de uso, as marcas famosas, seja de alto renome ou de notoriedade, são muitas vezes atreladas a serviços diversos dos seus, para que chamem atenção dos clientes, ou mesmo utilizada em situação de pirataria, o que as torna um grande alvo para que os anunciantes do Ads, de má-fé, angariem clientela alheia, culminando em promover a diluição, que é:

[...] uma ofensa à integridade de um signo distintivo, seja moral ou material, por um agente que não necessariamente compete com o titular do sinal. O efeito da diluição de marca é a diminuição do poder de venda do sinal distintivo, seja pela lesão à sua unicidade, seja pela ofensa à sua reputação (CABRAL, 2012, n.p.).

Trata-se de uma lesão à integridade da marca em seu valor agregado, podendo ser de três tipos: a maculação, que é uma conduta que causa danos à reputação do sinal; a ofuscação, que é a perda de força do distintivo; e a adulteração, que seria a perda de consistência no uso da marca (CABRAL, 2002, n.p.). Em todas as situações descritas, o sinal continua conservando a sua finalidade, que é a distintividade, mas passa a sofrer contrafação em produtos ou serviços que são diferentes daquele que

originalmente ela identifica, e mesmo que não chegue a desviar a clientela alheia, mantêm-se como uma situação totalmente prejudicial à notoriedade do sinal distintivo, pelo efeito de enfraquecer a associação que o consumidor faz com o produto, tocando em seu efeito mercadológico e, algumas vezes, chega a ser associada com serviços incompatíveis com a sua imagem. Aliás, até as marcas notórias podem ser lesadas com a diluição, mesmo em segmentos diversos, quando houver possibilidade de conexão com a reprodução ilícita e probabilidade de prejuízo que essa associação causa (SCHMIDT, 2019, p. 167-172).

Nestas situações os interesses econômicos podem ser atingidos. O proprietário poderá perder valor de mercado que o sinal tem associado, além de dano extrapatrimonial caracterizada na lesão ao interesse imaterial que abarca a imagem, na sua função distintiva, ou violação ao direito subjetivo de uso adequado da marca pelo titular, configurando-se, assim, o dano em seu uso inadequado e por terceiro. Havendo a cópia, o manejo inadequado ou a mera reprodução sem autorização já caracteriza a violação ao direito e ao interesse. Aliás, o artigo 130, inciso III, da Lei nº 9.279/96, prevê a possibilidade de proteção para zelo da integridade material ou reputação, tanto pelo proprietário quanto pelo depositante e, por sua vez, o artigo 209 da lei prevê a ação de perdas e danos quando houver a violação que prejudique a reputação e os negócios alheios, causando confusão.

Ainda, necessário analisar o que seria a contrafação, ato pelo qual pode levar a diluição da marca, ou seja, é anterior à própria situação lesiva que as marcas notórias e de renome podem sofrer na aplicação de má-fé em links patrocinados. Ela pode ser conceituada como espécie de confusão que um sinal registrado pode sofrer em virtude de uma reprodução ou imitação por outrem, mesmo que parcial (SILVEIRA, 1987, p. 65). Manoel J. Pereira dos Santos (2020, p. 57) apresenta o conceito como atrelado ao uso ilícito da obra por outrem, independentemente de haver o elemento de fraude.

A legislação americana, no ano de 2006, atenta à diluição que ocorre por uso de marcas sem autorização, principalmente na internet, criou e alterou parte da legislação de Marcas Registradas de 1946 para tratar sobre o tema, precisamente na seção 43 da lei. Em seu ponto 1, a seção 43 explica que, sujeitos ao princípio da equidade, caberá liminar ao proprietário de uma marca que se tornou famosa, para coibir seu uso por terceiros, mesmo que o dano ainda não tenha se configurado. O ponto 2 refere que a marca só será famosa se for amplamente conhecida em território

americano. Em diante, no ponto 3, há as exclusões da aplicação da lei, destacando que toda vez que houver uso justo da marca de forma nominativa ou descritiva, que não seja para benefício de terceiro que não detém a possibilidade de uso, não configurará diluição, especialmente quando o sinal aparece em sites de comparação de preço (i), ou para paródia e crítica sobre o proprietário do distintivo. Há exceção à aplicação da lei às reportagens e notícias (B) e para qualquer uso que não seja comercial (C). Em todos as exceções do ponto 3 não existiria diluição, porém, nos casos que não há a exceção, pode-se pleitear tutela judicial para proteção, como se nota no ponto 5, em que é previsto remédios e recurso judiciais para cessar o uso indevido. Patrícia Peck (2016, p. 189) crê que a posição desta legislação é mais restritiva e tende a limitar a livre iniciativa, diante do fato de considerar as exceções para o uso e não exceções de quando não há diluição.

No Brasil, a Lei nº 9.279/96, em seu artigo 132, possibilita o uso de marca por quem não detém a propriedade ou não é depositante apenas em caso de promoção e venda por comerciantes e distribuidores (I), por fabricantes de acessórios, para designar o produto (II), para a livre circulação do produto no mercado interno (III) e para citação em obra literária, científica ou qualquer outra publicação que não tenha conotação comercial e que não prejudique seu caráter distintivo (IV). Em comparação, percebe-se que a lei americana é mais restritiva no que se refere à diluição, tendo em vista que não considera as hipóteses de uso por fabricantes de acessórios, por exemplo.

Compreendida a diminuição do valor do bem imaterial da empresa pela diluição de marcas famosas e de renome, no caso específico do Ads, é possível averiguar lesão às marcas por anunciantes que queiram lesar a concorrência e, como consequência, prejudicam a marca através da contrafação digital.

No momento em que o anunciante apresenta em seu link ou domínio, signos de marcas famosas, ele acaba por diminuir o valor agregado pela boa fama da empresa, lesando-a de várias formas, ou mesmo violando o direito de uso do proprietário. Agrava-se quando há, no domínio remetido pelo link, aplicação das tridimensionalidades associadas aos signos famosas, com cores, layouts e estruturas parecidas com as do concorrente, causando confusão para o internauta que adentra ao domínio, o que pode convergir em maculação, ofuscação ou adulteração.

Há a maculação pela perda da boa fama, que está totalmente atrelada ao poder publicitário do signo; ofuscação com a diminuição do poder distintivo, diminuindo o

poder de referir somente à determinada empresa e, conseqüentemente, diminui sua força publicitária; adulteração, uma vez que com a tridimensionalidade utilizada em qualquer espaço virtual, degenera o original, perdendo sua validade perante o mercado. Ressalta-se que a lesão não se configura apenas quando há concorrência desleal, mas pelo simples uso da marca por terceiro que não tem autorização para o ato (DINIZ, 2016, p. 108).

Em observação a Lei nº 9.279/96, em seu artigo 130, inciso III, está disposto que ao titular da marca ou depositante é assegurado o direito de zelar pela sua integridade material e reputação, estando, desta forma, positivada a proteção à diluição, ou seja, regulamentado a proteção que o bom conceito da marca carrega implícito e o direito de defesa pelo proprietário. Aqui remete-se a já referida subfunção da marca, que é a força publicitária de ligação e construção cultural que ganha com o bom produto ou serviço, juntamente a fama que vai aumentando conforme os resultados propagandísticos vão surgindo, motivo pelo qual há a proteção contra o uso ilícito em meios publicitários. Ainda, se nota que a reprodução da marca por meio do link de patrocínio, de maneira ilegal, é crime previsto no artigo 189, inciso I da Lei nº 9.979/96.

O Superior Tribunal de Justiça reconhece situação de danos às marcas no uso dos provedores de pesquisa de produtos. Em Recurso Especial nº 1.504.111 – RJ, há a descrição sobre o dano às marcas como presumido: “[...] não há necessidade de comprovação do dano moral experimentado pela pessoa jurídica que sofre contrafação, pois a ofensa à imagem configura-se *in re ipsa*” (STJ, REsp nº 1.504.111 – RJ 2019, n.p.).

Sobre a natureza do dano, ela pode ser tanto patrimonial, quando se refere aos lucros cessantes e danos emergentes que ocorrem com a violação, quanto danos extrapatrimoniais, como ocorreu em apelação nº 1004439-39.2019.8.26.0562, em que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu o aproveitamento parasitário com a prática do uso de uma marca registrada como palavra-chave, que ocasiona danos extrapatrimoniais, chegando o relator a referir que:

Frisa-se que ainda que a indevida utilização do termo enfocado não tenha “convertido os acessos em compras” no sítio de Internet mantido pela requerida (fls. 328), foi praticado, repita-se, ato ilícito, caracterizada prática desleal e o dano extrapatrimonial se produziu. A utilização da marca da autora conduziu a uma deturpação, com o desgaste de dita marca junto ao público

consumidor e os prejuízos são presumidos diante da natureza deste prejuízo extrapatrimonial (TJSP, Ap. 1004439-39.2019.8.26.0562, 2020, n.p.).

O mesmo posicionamento em reconhecer o abalo moral no uso ilícito da marca ocorreu em apelação nº 1006104-58.2018.8.26.0196, também do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que o relator afirmou não ser necessário a comprovação do efetivo abalo moral, pois, uma vez comprovado o uso ilícito da marca, há dano presumido.

Portanto, o dano no uso ilegal de marcas no Ads configura-se na conduta do anunciante utilizar o sinal famoso para angariar clientela alheia, lesando a concorrência e causando a diluição, sendo um dano passível de ações para cessar o ato, bem como, de indenização para reparação das perdas sofridas.

### **3.5 A Responsabilidade Civil do Google Ads**

Após a descrição de hipóteses de lesão à concorrência e às marcas no uso da ferramenta de publicidade direcionada Google Ads, uma das principais questões é a de qual seria a responsabilização civil do provedor no caso, diante do motivo de que um anunciante de má-fé possa usar o serviço para lesar terceiros, notadamente violando interesses e direitos de corporações que tem sua expectativa de justa concorrência prejudicada e o poder distintivo de sua marca diluída. Para alcançar uma resposta que esteja de acordo com os valores do direito e com a técnica virtual, é necessário esmiuçar os elementos que percorrem a situação.

O Google Ads, assim como os demais serviços de link patrocinado, configura-se em um provedor de aplicação, cujo significado já foi apresentado anteriormente (subtópico 1.5), conforme artigo 5º, inciso VIII, do Marco Civil da Internet, pois as suas funcionalidades podem ser acessadas pelo usuário utilizando de um terminal, que são aparelhos conectados à internet e que permitem acesso aos provedores.

Dentro da grande gama de aplicações, destaca-se como um provedor de conteúdo, quando permite que outro (site do anunciante, página de rede social ou blog) apresente suas informações, expressões e dados através dos links de acesso, juntamente com as frases que remetem à publicidade (LEONARDI, 2005, p. 30). Ante sua natureza, a responsabilidade que se aplica por danos causados pelo conteúdo dos anunciantes é a subjetiva, conforme artigo 19 da Lei nº 12.965/14, que estipula a finalidade de preservar a liberdade de expressão e coibir a censura, encontrando no

tipo um meio justo de prover a paz social, levando em consideração todos os envolvidos na situação, dentre eles o internauta, o anunciante, o prejudicado e o provedor, configurando-se apenas se não agir no *standard* esperado pela norma, se após notificado judicialmente não retirar o conteúdo lesivo do ar ou não cumprir outras obrigações impostas.

É importante lembrar que o provedor de aplicação é uma figura da internet que está inserida no conjunto da técnica virtual, donde há um fortalecimento da interação humana graças a sua existência e, ao mesmo tempo, só existe pela importância que a sociedade atribui a troca de dados e informação na rede mundial de computadores, como descreveu Manuel Castells (2020, p. 64-71), ao referir que a tecnologia não determina uma sociedade, mas é pelas suas ferramentas que ela pode ser representada, sendo a tecnologia fruto dela (subtópico 1.2). Isso significa que é importante para o coletivo que as figuras e ferramentas proporcionadas na internet mantenham-se livres para que o corpo social aplique seus anseios em seu uso, não devendo existir legislações que não conheçam sua importância e funcionamento.

É pela vivência dos instrumentos de comunicação que o internauta tem consolidado sua expectativa de troca massiva de conteúdo com todos da web, permitindo que vários aspectos da vida humana se concretizem em meio virtual, tendo início com a digitalização das coisas até encontrar seu ápice na liberdade de descobrir tudo que for possível através da web, incluindo a estrutura de existência de processos de produção, formas de relacionamentos, novas comunicações e até novos modelos de negócios, afetando a todos, como empresas, associações, comunidades e autoridades (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 1-4). Desse todo emergiu um poder lateral de produção, em que todos produzem em conjunto, revendendo o fruto na rede mundial de computadores, alcançando possíveis compradores de qualquer localidade em que é possível enviar o produto ou serviço (LÉVY, 2011, p. 54-56). Com essa qualidade, vai se consolidando o aspecto participativo e horizontal, permitindo a quem compra e quem vende auxiliarem-se para o resultado da obra, saindo dos meios centralizados de construção social e econômico para emergir uma força lateral, horizontal e participativa (RIFKIN, 2012, p. 139-140) que é lucrativa para todos, enriquecendo o corpo social com ganhos econômicos e culturais.

Ao comércio virtual, que apresenta crescimento em diversas áreas, restou equipar-se com aplicativos e ferramentas para promover a confiança almejada na relação, para quem vende e quem compra, autorizando que se sintam seguros de

praticar negócio jurídico, como bem descreve Cláudia Lima Marques (2004, p. 33-34), quando alega que um dos maiores desafios do *e-commerce* é a fidúcia, posto as incertezas e inseguranças que a web conduz. De tal modo, o link patrocinado, que é um serviço de publicidade direcionada, tenta diminuir a distância entre os participantes da relação comercial, conectando diretamente a vontade do internauta em conhecer algo que ele mesmo pesquisou com a do vendedor/fornecedor, que tem interesse de que encontrem seu produto ou serviço, convergindo a expectativa em certeza de resultado.

Por todos estes motivos, o legislador optou pelo tipo subjetivo de responsabilização ao provedor de aplicação em caso de conteúdo elaborado por outrem, para reservar o espaço democrático da internet, nascido da troca e debate de ideias e opiniões, para que se mantenha um local de exercício da liberdade de expressão, inclusive por conteúdo publicitário, que tem atrelado ao seu núcleo o direito de expressar-se, como bem descreve Daniel Sarmiento (2018, p. 283-284), tendo em vista que, com os anúncios, permite-se que opiniões de cunho privado e mercadológico circulem livremente, desde que não lesionem direitos e interesses alheios. Além disso, com a publicidade há promoção de marcas que, por sua vez, está intimamente ligada à valorização do trabalho e livre iniciativa, ambos fundamentos da República, disposto no artigo 1º, inciso IV da Constituição federal.

Portanto, imputar outro tipo de responsabilização ao provedor de aplicação, seja pelo risco ou pela solidariedade, em situação de danos ocasionados pelo próprio internauta ou por outro provedor, não é convergente com a estrutura e técnica informática.

Foi possível averiguar hipóteses em que o Ads é palco para lesão à concorrência e às marcas (subtópico 3.4), e as lesões só são possíveis diante da liberdade conferida pelo provedor ao anunciante, para que ele escolha a palavra que quiser no intento de vincular ao seu link, ou mesmo escrever no texto do anúncio frase e expressão de sua livre escolha, sem que o Ads faça um filtro daquilo que pode ou não. Esse “abster-se” está em total consonância com a liberdade que se espera dos meios de comunicação, pois não cabe ao provedor fazer uma análise sobre as palavras escolhidas pelos anunciantes, ou mesmo sobre as frases, imagens e símbolos empregados em seu anúncio, isso poderá configurar censura, haja vista que ficará a cargo de um ator privado decidir o que é “certo” e o que é “errado”, ato que é

precípua do Judiciário e do INPI (no caso de reconhecer a propriedade de marcas e patentes).

A imposição de uma obrigação de controle pelo provedor, além de ato censurador, oneraria a ferramenta a ponto de modificar toda sua estrutura, o que refletiria negativamente nos usuários do serviço, que teriam limitado sua publicidade e até encarecido seu anúncio, deslegitimando o pequeno e médio empreendedor, que terá cerceado acesso ao mercado, caminhando em sentido contrário ao funcionamento horizontal e participativo que já é uma prática perpetrada pelo âmbito social desde a abertura comercial da internet, que só cresce graças aos bons resultados para todos os envolvidos.

O Marco Civil, além da livre expressão e vedação à censura, positiva a liberdade dos modelos de negócios, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos na lei (Art. 3º, VIII). Por assim ser, nota-se que não há conflito com a norma atribuir que o provedor possa exercer seu serviço sem preocupar-se com o conteúdo disposto em domínios distintos do seu, devendo atentar-se para eles apenas por motivo de ordem judicial para, deste ponto, agir em retirar ou controlar o conteúdo de outrem, sob pena de ser responsabilizado em caso de descumprimento.

Ao ponderar sobre os riscos e suas teorias, seja pelo risco integral, proveito ou criado (subtópico 2.4), deve-se remeter que não há de se entender que toda atividade inserida na internet é integralmente ousada, pois os partícipes da relação estão em “igualdade” adentro das plataformas digitais e, por vezes, no próprio ciberespaço, ressaltados momentos de abusos da insegurança por meio técnicos, como uso de vírus ou similares, mas em geral não há risco acima do comum, mesmo com o sujeito, tempo e lugar incertos, pois a arquitetura da maioria dos provedores permite liberdade, informações e saída de sua aplicação com um clique, sob pena de o provedor não sobreviver ante seus concorrentes em caso de permitir lesão em demasia.

Sobre o risco proveito, também não há que se imputar uma noção de insegurança maior pela parte que não ganha economicamente com as tarefas do provedor, principalmente no caso dos links patrocinados, pois nesta relação todos lucram, seja o anunciante que venderá mais, ou mesmo o consumidor que tem acesso a melhores produtos e com preços mais acessíveis, de qualquer localização que desejar. Por fim, sob a teoria do risco criado, também não há situação em que um lado esteja mais exposto a danos do que o outro, diante do fato que até o provedor pode ser vítimas de *crackers*. Não é um tipo de funcionamento que demande um risco maior

a uma camada da população, diante de estar o Ads inserido no contexto horizontal da rede, em que todos os usuários têm a possibilidade de acessar tudo que lhe apresentam e não adentrar naquilo que não despertem sua vontade. Inclusive, é isso que fomenta o poder lateral da rede.

O Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial nº 1.186.616, já deliberou que se aplica a interpretação do Enunciado nº 38 da I Jornada de Direito Civil ao funcionamento dos buscadores, compreendendo que o risco descrito na cláusula geral de responsabilização deve ser interpretado e atribuído para situações em que a atividade cause ônus exacerbado a uma parte, enquanto não há para outras. No caso, não há ônus maior para o internauta que tem conteúdo lesivo contra si na internet, pois ele é capaz de identificar a página e apresentá-la ao Judiciário para que consiga uma ordem de retirada de conteúdo, e caso seja impossível, pode-se impor ao provedor este ônus através de tutela.

A responsabilidade subjetiva do provedor já foi ponderada em outros países e aplicada em legislações internacionais, como a DCMA (americana) e a Diretiva Europeia 2000/31/CE, que compreendem a notificação do provedor como a melhor forma de justiça. A legislação nacional optou pelo mesmo caminho e o Google Ads encaixa-se no tipo.

Para configurar deve haver os elementos de culpa,nexo de causalidade e dano indenizável (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO; 2012, p. 69). A culpa estará quando o provedor agir em omissão à ordem legalmente imposta para, no âmbito e no limite técnico de seu serviço, dentro do prazo assinalado na ordem, tornar o conteúdo indisponível. Omissão entendida como uma inatividade culposa, onde abstêm-se o agente de atuar dentro do comportamento devido (CAVALIEIRI, 2003, p. 44).

Nota-se que não se trata de uma omissão qualquer, mas uma omissão adentro da livre determinação do provedor, em que há discernimento e capacidade técnica para tanto, sob pena de ser solidária ao agente causador do dano (GONÇALVES, 2016, p. 34). É o que prevê o artigo 186 do Código Civil, quando estipula a omissão voluntária, negligente ou imprudente que, para o caso: negligência é a omissão na retirada do conteúdo, evitando a perpetuação do dano; imprudência no ato ativo, apressado e afoito, que não observa toda a ordem judicial imposta para a retirada do conteúdo, não a cumprindo fielmente; imperícia, quando não utiliza de técnicas aptas para cumprir à ordem judicial (TEPEDINO, *et al.*, 2020, p. 105).

O Superior Tribunal de Justiça já compreendeu pela subjetividade ao tipo,

destacando o que segue:

A responsabilidade subjetiva e solidária do provedor de busca configura-se quando, apesar de devidamente comunicado sobre o ilícito, não atua de forma ágil e diligente para providenciar a exclusão do material contestado ou não adota as providências tecnicamente possíveis para tanto, assim como ocorreu na espécie (STJ, REsp 1738628/SE, 2019, n.p.).

A lei da internet prevê obrigações que o provedor deverá cumprir, descritas no artigo 20 e 21 do Marco Civil que, em ordem, obrigam-no a comunicar os motivos relativos à indisponibilização de conteúdo ao autor do fato, quando tiver o contato direto deste, permitindo o contraditório e a ampla defesa e alocando no espaço o motivo de sua retirada. No outro, há a obrigação de, após notificado, mesmo que extrajudicialmente, deve retirar conteúdo que contenha nudez ou caráter sexual, no intento de ajudar na resolução de problemas de cunho personalíssimo, que tem uma proporção além da mercadológica.

Há outra, no artigo 15, que impõem a guarda e sigilo sobre o registro de acesso, que deve permanecer em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses. Caso o provedor não cumpra com seu dever de guarda ele não se torna responsável solidário ao dever de indenizar, diante do previsto no artigo 17 da lei, mas poderá responder pelo não cumprimento da obrigação.

Sobre o dever de informação implícito à atividade de aplicação, o STJ já decidiu em Recurso Especial nº 1806632-SP, que o serviço de link patrocinado é obrigado a apresentar informações sobre o titular do anúncio que está lesando marcas, devendo ofertar os dados de nome e domínio das empresas que patrocinam expressões que são de outras empresas concorrentes, garantindo efetividade e disponibilização dos registros, conforme ordem do artigo 10 do Marco Civil da Internet.

Quando se trata da solidariedade em caso de não retirada, ela não é ocasional, pois deriva da lei ou da vontade das partes, conforme artigo 265 do Código Civil, sendo prevista diretamente no artigo 264 quando a lei descreve que “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor ou mais de um devedor, cada um com direito ou obrigado, à dívida toda”. Ao interpretar o mandamento do artigo 19 do Marco Civil, vê-se que há a imposição da solidariedade do provedor se não cumprir com a obrigação de retirada, conforme a leitura do trecho: “somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências”. Ou seja:

a solidariedade deriva da lei, em caso de omissão culposa do sujeito da internet. Seria como considerar que o provedor, juntamente com o autor do ato, cometeu o ilícito pela perpetuação do dano que se estendeu com a omissão. Carlos Roberto Gonçalves (2016, p.118-119) explica que quando há concurso de agentes na prática de um ato ilícito, surge a solidariedade, como aponta o artigo 942 do Código Civil, configurando-se quando a ofensa tem mais de um autor.

Esta é a posição da jurisprudência e da doutrina (LEONARDI, 2019, p. 102), ao passo que o artigo 21 da referida lei estipula a subsidiariedade em caso de o conteúdo envolver cenas ou vídeos de nudez ou de caráter sexual (ROTUNDO, 2018, p. 88). Desta forma, se o provedor cumprir com seu dever não há outra responsabilidade a ser imputada além da Lei nº 12.965/14, mesmo em casos de danos à concorrência e às marcas.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em processo nº 1033575-12.2019.8.26.0100, num caso em que uma empresa alegava ser vítima de concorrência desleal pelos serviços do Ads, em virtude de apresentação de resultados da pesquisa com outras do mesmo segmento, reconheceu que não compete ao provedor exercer o controle prévio ou fiscalização da substância do anúncio, fundamentando a não responsabilidade à luz do Marco Civil da Internet. Além, há a obrigação do sujeito que se sinta lesado de apontar a identificação clara e específica do conteúdo/página infringente, de maneira que permita a localização inequívoca do material, caso contrário, não cabe ao provedor procurar onde está o alegado “anúncio lesivo”:

[...] No caso vertente, a autora alega que a conduta das rés constitui ‘violação de marca’ (art. 130, III, LPI) e ‘crime de concorrência desleal’ pelo desvio fraudulento de clientela (art. 195, III, LPI).

No entanto, como dito, as rés não vendem o produto com a marca da autora. A Google apenas relaciona as empresas que anunciam e a B2W oferece espaço virtual, destinado a intermediar o contato entre comprador e vendedor.

Nos contratos celebrados entre o vendedor e a B2W, ou mesmo com a Google, é certo que existe a proibição, prévia e abstrata, de que produtos irregulares (ex: entorpecentes armas e etc) ou que violem normas regulatórias (ex: medicamentos de uso restrito conforme ANVISA) não podem ser anunciados.

Mas, como regra, não compete às rés exercer filtro prévio e subjetivo do que é ou não permitido (TJSP, Ap. nº 1033575-12.2019.8.26.0100, 2020, n.p.).

Quanto a indicação da URL, pode-se referir sobre a decisão do STJ, em REsp 1654221/SP, que destaca a diferenciação entre conteúdo digital e conteúdo físico,

reconhecendo que o digital tem uma peculiaridade que necessita de destaque de onde se encontra, motivo pelo qual deve a parte que se sinta lesada individualizar em minúcia qual o conteúdo infringente e onde ele está no ciberespaço.

Em tese contrária ao que se vem apresentando, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão de apelação nº 1006104-58.2018.8.26.0196, compreendeu que o Ads seria solidariamente responsável em caso de ilícitos às marcas e à concorrência em seu uso, pois a forma passiva com que o provedor acompanha a briga pelo vínculo de uma palavra-chave lhe proporciona lucro e, abster-se perante situações lesivas é contrário ao que espera de sua posição diligente, enquanto provedora. Sobre o Marco Civil estabelecer a responsabilidade do tipo subjetiva e solidária, somente após não cumprir com a ordem judicial de retirada de conteúdo, haveria, na situação, violação à direito marcário e concorrência desleal por meio de contratação onerosa do serviço, não sendo uma mera hospedeira do conteúdo, mas uma participe na relação, pelos ganhos que auferir com o serviço. Segue trecho:

[...] Realmente, em casos como o dos autos, a Google “explora plataforma de publicidade utilizada à veiculação de anúncios por meio de 'links patrocinados' e no que, então, não atua tão somente como hospedeiro de conteúdo gerado por terceiros. Ao revés, põe-se como parceria contratual de empresas anunciantes que pretendem ver divulgada sua marca por meio de palavras-chaves de pesquisa no 'site' buscador. Ou seja, o provedor se agrega ao instrumental de promoção da marca do contratante do serviço, auferindo lucro decorrente da publicação. A rigor, o quadro destarte é de um contrato cujas condições podem representar e na hipótese e representam indevida violação aos direitos de terceiros. De resto, em ocorrência absolutamente comum. E é nesta condição de contratante de serviços que disponibiliza, e foco frequente de danos, que a ré responde. Sua atuação se coloca na cadeia da prática do ilícito a que se volta a contrato que firmou e pelo qual recebeu. Claro, ainda que tenha regresso contra quem escolheu a palavra-chave”. De fato, “a causa dos danos experimentados pela autora está em contrato de que a ré é parte, em contrato que ela ajustou, de resto para atividade específica que habitualmente exerce e que lhe traz proveito. Concorreu então à causação do dano, ainda que sem o propósito de fazê-lo, porém o que não condiciona sua responsabilização” (STJ, Ap. 1006104-58.2018.8.26.0196, 2020, n.p.).

Embora a decisão do Tribunal tenha se embasado na natureza contratual e possível participação lucrativa do provedor na relação, a decisão não reconhece a natureza do link de publicidade, ocasionando em um julgamento em desacordo com a técnica virtual e com o próprio direito, pois o Ads não participa da relação, não é ele quem usa a marca de outrem para violar o interesse subjetivo de concorrência ou o direito subjetivo ao uso do sinal, pelo contrário, sua participação é neutra.

Ao estabelecer o Ads como participe da obrigação de indenizar pelo lucro que

aufere com a publicidade, esquece o julgador que todos ganham com a publicidade, não reconhecendo o link patrocinado como integrante do contexto horizontal da rede, em que a técnica informática demanda um cuidado maior no estabelecimento de uma responsabilização, que deve ir ao encontro da estrutura de funcionamento da própria internet, sob pena de estar aplicando institutos do mundo físico, em analogia “cega”, onerando os bens e serviços digitais por uma reparação que cabe ao real causador do dano, e não ao provedor de conteúdo. Há uma situação paritária, entre empresas, nas quais nenhuma delas sofre maior risco sobre o negócio, servindo o provedor para que o conteúdo publicitário seja valorado e haja mais facilidade de encontro na imensidão do ciberespaço, em comunhão com a liberdade de expressão. Ademais, o lucro auferido pela empresa não é em razão da venda do que é anunciado, mas pelo espaço do anúncio, não sendo o conteúdo de propriedade do provedor.

Interessante destaque ao que José Oliveira Ascensão (2002b, p. 202) apresenta sobre o enfoque da concorrência desleal também ser de responsabilidade do que ele denomina ser “fabricante do navegador”, pois, para ele, à luz do Código Penal português, poderia ser considerado o conluio do provedor para a finalidade criminal que também causa danos. Contudo, no que se refere à responsabilidade civil, deve-se averiguar se a conduta desvirtua ao resultado danoso, e isso é mensurado na participação do provedor que, ao notar a estrutura técnica em que está inserido, especificamente quanto ao Ads, não há participação como editor do conteúdo disposto no link, cujo controle é da empresa anunciante ou de outro. Diante disso, se há algum ato ilícito na página do anunciante ou na escolha da palavra-chave, este foi diretamente cometido pelo usuário do serviço, não havendo, portanto, nexos de causalidade.

Ao averiguar as hipóteses de responsabilidade objetiva do Código Civil, também não se encontra nenhum tipo em que o provedor estaria envolvido. Já se apontou que não cabe a ele fiscalizar o que há no site de seu anunciante, como descreve Cíntia Rosa Pereira de Lima (2015, p. 160), ao ponderar que os provedores de aplicação não podem ser responsáveis em controlar o que todos os usuários estão disponibilizando na rede, sob pena de serem reconhecidos como censuradores de conteúdo e violadores da cidadania digital.

Para outros aplicadores do direito, poder-se-ia reparar os danos oriundos dos conteúdos dos links patrocinados pelo Código de Defesa do Consumidor, reputando como defeituoso o serviço de patrocinados que causa prejuízos a outrem. Todavia,

muito embora haja a relação de consumo entre o provedor e o usuário, mesmo o serviço sendo gratuito (MARTINS, 2008, p. 79-85), isso não é suficiente para alcançar a obrigação de o provedor fazer a filtragem sobre o que o usuário pesquisa, não podendo reputar como defeituoso o fato de o serviço apresentar links patrocinados e orgânicos que, porventura, possam conter algum conteúdo ilícito na página do anunciante.

Este foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em caso semelhante, que chega a descrever o que segue:

[...] Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. 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 do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. [...] (STJ, Recurso Especial nº 1.444.008 – RS, 2016, n.p.).

O referido caso versava sobre pedido de obrigação de fazer cumulado com indenização moral em face de compra realizada na web, após a pessoa encontrar o link nos resultados de um buscador. Na situação, o produto não foi entregue ao consumidor e o STJ reconheceu que há relação de consumo entre eles, porém, compreendeu-se que mesmo em caso de possíveis existência de conteúdo ilícito que venham a ser apresentados para os consumidores pelos buscadores, nos links que destacam, por si só não os obriga a fazer filtragem daquilo que é ofertado por outrem, sob pena de violar a informação na rede.

Mesmo caminho já havia sido tomado pelo STJ em decisão proferida no Recurso Especial nº 1.316.921- RJ, em que se formulou a compreensão de que “A filtragem de conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor de pesquisa, de modo que não pode reputar defeituoso [...]”. Destaca-se a tese sobre o proveito econômico que o buscador

pode auferir com a venda concretizada pelos anunciantes, que se diferencia em duas formas. A primeira, quando o buscador apenas anuncia o conteúdo e o negócio eletrônico concretiza-se no domínio do anunciante, que, neste caso, não tipifica o provedor como fornecedor:

Há, contudo, uma situação muito distinta quando o prestador de busca de produtos se limita a apresentar ao consumidor o resultado da busca, de acordo com argumentos de pesquisa fornecidos por ele próprio, sem participar da interação virtual que aperfeiçoará o contrato eletrônico. Nesta hipótese, após a busca, o consumidor é direcionado ao site ou recurso do vendedor do produto, interagindo somente com o sistema eletrônico fornecido por este, e não pelo prestador de busca de produtos (STJ, REsp. nº 1.444.008 – RS, 2016, n.p.).

A segunda, quando o provedor de buscas participa da negociação, ofertando plataforma para concretização do negócio e auferindo lucros com a venda, tipificando, nestes casos, na figura prevista no artigo 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor.

Ao observar o Ads, nota-se que ele apenas apresenta o resultado em destaque de anúncios patrocinados, não ofertando plataforma para concretização da negociação, não encaixando-se como fornecedor, o que cai por terra a tese dos defensores do risco proveito do Código de Defesa do Consumidor. Também não se aplica a súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça<sup>20</sup>, pois o Ads não é uma publicação de imprensa, mas uma plataforma de publicidade.<sup>21</sup>

Interessante observar que há previsão da isenção de responsabilidade do mero intermediário de resultados de busca no Projeto de Lei nº 1.572/2011, que tenta criar “O Código Comercial”, apresentando em seu artigo 111<sup>22</sup> a isenção dos provedores de aplicação que, simplesmente, aproximam as partes do contrato eletrônico (TEIXEIRA, 2018, p. 256).

Por fim, adverte-se que o Ads age como controlador de dados quando pede que os anunciantes complementem cadastro para uso de seus serviços. Nessa circunstância, havendo inserção de dados de pessoa natural, deve o provedor agir com máxima eficácia no tratamento destes, sob pena de ser responsabilizado por

---

<sup>20</sup> Súmula 221: São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de danos, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação. (STJ, s.d. n.p.)

<sup>21</sup> Segundo os termos de uso do Google Ads, em sua cláusula primeira, há a explicação que a ferramenta se configura em uma plataforma de publicidade.

<sup>22</sup> Projeto de Lei nº 1.572/2011: Artigo 111: No sítio destinado apenas a viabilizar a aproximação entre potenciais interessados na realização de negócios entre eles, o empresário que o mantém não responde pelos atos praticados por vendedores e compradores de produtos ou serviços por ele aproximados

eventuais danos que o mau uso dos dados e seus vazamentos possam causar, à luz do artigo 6º, X e 42 da Lei nº 13.709/18 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Trata-se da responsabilidade ativa, devendo cumprir com todos os *standards* de eficácia previstos na lei, usando de arquitetura de segurança e comportamento eficiente para evitar qualquer dano (subtópico 2.8). Os elementos de sua responsabilização são o dano,nexo de causalidade e conduta ineficiente de segurança pelo provedor, que será examinada em concreto, avaliando se os agentes fizeram de todo o possível para evitar o prejuízo (TEPEDINO, *et al.*, 2020, p. 252).

Em caso de o Projeto de Lei nº 2.630/2020- “Lei das Fake News” - vigorar, com os apontamentos que carrega ainda enquanto projeto, poder-se-á haver uma responsabilização do Ads enquanto não tomar medidas eficazes para coibir a proliferação de notícias falsas em seus anúncios, o que promoverá uma oneração excessiva ao serviço, obrigando-o a controlar todos os avisos para observar se contém informações que “desinformam”, o que sairia do regramento até então vigente para o tipo. Neste caso, a mesma responsabilização que prevê a LGPD seria aplicada, devendo haver dano, nexo de causalidade e conduta ineficaz de controle para configurar a responsabilização, avaliada em concreto, para estimar se nada mais poderia ser feito para evitar a proliferação de desinformação.

Em síntese, em caso de danos pelo conteúdo do link, considera-se que o responsável direto é o anunciante. O Google não deve censurar previamente os usuários da internet, não é esse o serviço que fornece, são os usuários que devem respeitar as regras de seus negócios para não lesarem concorrentes e marcas, restando às empresas ou pessoas que se sentirem prejudicadas com os links procurar o Judiciário e requererem a retirada do conteúdo, nascendo a obrigação do provedor ao receber a ordem judicial. Quando age como controlador de dados, pela especialidade da LGPD e pela natureza do direito que se busca proteção, há o tipo ativo, em que o provedor deverá comprovar que adotou arquitetura de proteção e comportamento convergente com a eficácia esperada para a situação, sob pena de responder pelos danos que o vazamento causar.

### **3.5.1 Decisão do Tribunal de Justiça Europeu**

É de relevância a apresentação do julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça Europeu no processo ECLI:EU:C:2010:159, apensos C-236/08 a C-238/08,

que versa sobre a responsabilização do Google Ads em situação de danos às marcas e à concorrência.

Os casos abarcam o funcionamento do link de publicidade, em que os operadores econômicos podem selecionar palavras-chave e fazer ligação delas com o resultado apresentado ao internauta, com a rubrica – link patrocinado –, juntamente a uma pequena mensagem comercial em destaque. A cada clique, o anunciante paga certo montante, calculado pelo preço máximo por clique, que varia diante da importância e concorrência da palavra com outros anunciantes que também podem utilizá-la.

Em processo C-236/08, a marca Louis Vuitton, ao pesquisar a palavra que forma ela própria no buscador Google, recebia como resultado links que remetiam a sítios eletrônicos com a venda de produtos falsificados. Diante da situação, buscando ressarcimento pelos danos causados à sua marca, a Louis Vuitton conseguiu o reconhecimento de seu pleito no *Tribunal de Grande Instance de Paris* e a manutenção da decisão no Corte de Apelação, mas a provedora recorreu para a Corte de Cassação que, por sua vez, suspendeu e remeteu a discussão ao Tribunal de Justiça Europeu, pedindo interpretação de vários enunciados, dentre os quais o artigo 14 da Diretiva Europeia que trata de responsabilização dos provedores.

O mesmo ocorreu no processo C-237/08 em que duas empresas, Luteciel e Viaticum, alegaram a contrafação de suas marcas pelo uso do Ads, que também remetiam a concorrentes. No caso, a *Grande Instance de Nanterre* reconheceu o provedor como responsável pela contrafação, condenando-o a indenizar as marcas pelo ato. Em âmbito de apelação, manteve-se a reprovação da Google, e após novo recurso para a Corte de Cassação houve suspensão e remessa para o Tribunal de Justiça Europeu.

No caso C-238/08 as empresas P.-A Thonet e CNRRH também se sentiram vítimas de contrafação pelo uso do Ads, que remetia a palavra-chave a links de concorrentes, também sendo a provedora condenada na *Grande Instance de Nanterre* e mantida por recurso, só vindo a ser suspenso na Corte de Cassação que remeteu o julgamento ao Tribunal de Justiça Europeu.

O Tribunal, após analisar minuciosamente cada pedido de apreciação, chegou a conclusão de que o titular de uma marca pode e tem o direito de proibir que um anunciante use uma palavra-chave vinculada a um sinal e sem o seu consentimento, para dificultar que se reconheça o verdadeiro detentor. Entretanto, quanto ao

provedor, ele não fez o uso da marca, quem fez foi o anunciante e por isso não pode ser considerado culpado pelo dano.

No que tange a responsabilização do prestador de serviço da sociedade de informação, quando sua atividade consistir em armazenamento de informações prestadas por um usuário, sem que participe ou edite, ele não pode ser considerado culpado por eventuais danos que os dados armazenados possam causar, a menos que tenha tomado conhecimento e não tenha prontamente retirado o conteúdo. O motivo da decisão está no enquadramento do Ads como um “serviço da sociedade da informação”, abarcando os prestadores que ficam distantes da relação, por intermédio de aparelhos e técnicas computacionais que armazenem dados, como é o caso de anúncios virtuais, devendo, para manter-se neutro, estar o provedor em situação de passividade ante a relação entre o anunciante e os terceiros, com um comportamento técnico, automático e passivo (UE., ECLI:EU:C:2010:159, 2010, n.p.).

O que se compreende com o julgado é que quando a pessoa jurídica que promove o serviço de aplicação de internet não edita ou controla os dados e conteúdos apresentados por terceiros, ele não pode ser considerado responsável pelos prejuízos que a substância causar. Quem utilizou da marca alheia é quem deve arcar com as perdas e danos, e não a ferramenta utilizada para o cometimento do ato.

Com este julgamento, clareia a importância da posição passiva do provedor e a avaliação de sua conduta para metrificar se há obrigação de ressarcir.

### **3.6 Inconstitucionalidade do Artigo 19 do Marco Civil da Internet?**

A questão de inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet está sendo debatida perante o Supremo Tribunal Federal em tema de repercussão geral de nº 987, oriundo do Recurso Extraordinário nº 1.037.396, em que se contenda sobre o dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços, juntamente a responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais.

O tema tem gerado significativa controvérsia na doutrina e jurisprudência e, por este motivo, será brevemente abordado, revelando os principais pontos defendidos e suas consequências, sob a ótica principal desse estudo, sem a pretensão de esgotar o assunto e adotar posicionamento sobre sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, posto que a finalidade é compreender o tipo de

responsabilidade civil que se adequa aos danos oriundos da relação particular entre o anunciante, o provedor e o prejudicado em caso de lesão a concorrência e marcas no uso do “Ads”, não abordando prejuízos que tenham origem de outro tipo de violação ou prática.

O *leading case* tem origem em Recurso Extraordinário interposto pela Google contra decisão do Tribunal *a quo*, que manteve a condenação de indenizar uma internauta que teve lesionada a sua moral com a criação de uma página do “Orkut”, onde se discutia seus aspectos pessoais (STF, 2020, n.p.).

Alguns dos fundamentos apresentados pelos defensores da inconstitucionalidade apegam-se ao fato de o dispositivo da lei privilegiar a liberdade de expressão em detrimento de outros direitos fundamentais, alocando-a como bastião da defesa na internet, esquecendo-se de abordar outros que são tão importantes quanto.

Entre os defensores da posição contrária a legalidade do artigo 19, pode ser citado o autor João Quinelato de Queiroz (2019, p. 118-146), que afirma ser um erro impor a superioridade da livre expressão, igualizando o Brasil ao sistema “norte americanizado” denominado de *preferred position*, o que é incompatível com a Constituição de 1988 e com a *civil law*. Outro fato que culmina na ilegalidade é que os Tribunais brasileiros teriam falhas estruturais para decidir com rapidez sobre temas tão delicados, enquanto os danos na internet são rápidos e interligados, tornando a demora do Judiciário um caso de perpetuação da lesão da vítima, que na espera da apreciação da tutela terá tempo em demasia para o aumento da circulação do conteúdo, e nem o acesso aos Juizados Especiais, como previsto no artigo 19, §3º, da Lei nº 12.965/14, é capaz de promover maior celeridade ao caso. O terceiro alvo que deve ser discutido é o fato de o próprio artigo 19 prever que se o provedor não tiver capacidade técnica para retirar o conteúdo lesivo do ar, não será responsabilizado, promovendo o dano ao invés do ressarcimento à vítima, e que, além disso, é preciso indicar a URL correta ao Judiciário para que emita a ordem, descrevendo corretamente qual conteúdo deve ser removido, o que onera desproporcionalmente a parte lesada, que não tem a mesma capacidade técnica que o ente virtual.

A inconstitucionalidade, ante a situação, estaria ocorrendo em três frentes: a primeira com a violação da garantia à reparação integral aos danos à honra, privacidade e imagem, pois, ao restringir a possibilidade de retirada do conteúdo

apenas por ordem judicial, a reparação integral estará obstaculizada, dificultando que seja ressarcida à vítima; a segunda é pelo motivo de a lei alocar a propriedade dos direitos autorais acima da dignidade humana, o que é contrário a Constituição e ao Direito Civil, que determinam proteção às situações existenciais quando em confronto com os direitos patrimoniais; a terceira, é a violação ao livre acesso à justiça, considerando que haveria um mínimo probatório - de difícil acesso ao internauta-, que lhe seria imposto para acessar o Judiciário em busca de cessar uma agressão, fragilizando ou impedindo sua proteção (QUEIROZ, 2019, p. 147-150).

É possível constatar que as principais críticas foram estampadas ao fato da dificuldade de reparação, posição de privilégio da liberdade de expressão e do acesso à justiça e, por estes motivos, a escolha do legislador não teria sido a mais acertada.

Outros doutrinadores também notam qualidades próprias da disseminação de informação na rede para reconhecer que a adoção do *standard* de ordem judicial não é coerente:

A velocidade sem precedentes com a qual as informações circulam na internet, aumentando exponencialmente a exposição da vítima e, conseqüentemente, o dano sofrido, parece não se coadunar com a opção legislativa de condicionar o dever do provedor de acesso de retirar o conteúdo lesivo à sua notificação judicial (TEPEDINO, *et al.*, 2020, p. 79).

Para eles, a hipótese que encontra convergência com o sistema civil/constitucional é a de que, após a notificação extrajudicial ao provedor, já haveria a capacidade de reconhecer a responsabilidade dele, como se decidia antes da “lei da internet”, em respaldo nos artigos 1º, III e 5º, X, da Constituição Federal de 1988 (TEPEDINO, *et al.*, 2020, p. 80).

Há determinadas ocasiões que a Justiça não consegue ser efetiva para que emita a ordem correta de retirada do conteúdo, cabendo o diligenciamento da instituição econômica para que lesões de maiores importâncias não se perpetuem, como é o caso de crimes de racismo e xenofobia:

Como já dissemos, o espírito da lei é o de preservar a liberdade de expressão, mas não de forma indiscriminada, a ponto de se inadmitir a responsabilização direta dos provedores e muito menos de criar obstáculos à responsabilização, muito embora, em sentido contrário, também não se admita a “indústria do dano moral” à responsabilização dos provedores. Ainda que não se trate de atividade eminentemente de ‘risco’, como decidido pelo STJ, fato é que não se pode obstaculizar o direito do usuário vítima do conteúdo infringente, obrigando-lhe a exigir do Judiciário a prévia remoção do conteúdo para somente discutir a responsabilização pelo cometimento do

ilícito

[...] De certo que, a proteção conferida aos provedores pelo aludido artigo 19 entra em conflito direto com o respeito à dignidade humana, consagrada constitucionalmente, exigindo dos aplicadores do direito mais análise quando de sua verificação pelo caso concreto (VANCIM; NEVES, 2015, p. 133-138).

No tocante aos valores constitucionais em debate, refere-se ao que Sérgio Cavalieri Filho (2020, p. 211) aponta como a solução, ao afirmar que embora a lei tenha priorizado a liberdade de expressão, existe na própria “Lei Maior” mecanismos que auxiliam o amparo à dignidade humana e os direitos de personalidade, conferindo restrição aos conteúdos informativos quando atingem o âmago pessoal de outrem, com ferimentos a sua imagem, nome, privacidade e honra. Tais mandamentos estão no artigo 220, §1º, da Constituição Federal de 1988, com os limitadores descritos no artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV. Chega a afirmar que: “É preciso maior clareza e objetividade? A própria Constituição estabeleceu, expressamente, restrição à liberdade de informação ou de expressão”.

Do outro lado, há defensores da constitucionalidade do artigo 19 que compreendem que o Legislativo acertou com a opção. Marcel Leonardi (2019, p. 99-102) pondera que deve ser observado que a escolha foi feita pelo legislador democraticamente eleito para a tarefa, após oitiva de várias camadas e setores da população, durante 2 anos, com 2 mil contribuições e 18 mil visitas ao site de debate, para que, em comunhão de vontades e entendimentos, culminasse em decidir pela responsabilidade subjetiva no referido artigo 19. Em segundo ponto, o regime do M.C.I. é totalmente compatível com a Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a lei da internet conseguiu equilibrar princípios como a liberdade de expressão, comunicação, acesso à informação, direitos autorais, defesa do consumidor e controle judicial, todos previstos no artigo 5º, incisos IV, IX, X, XIII, XXVII, XXXII e XXXV da Constituição Federal de 1988.

De fato, houve, na elaboração legislativa, ampla discussão com a sociedade, tentando convergir as expectativas de seus usuários com os valores e garantias constitucionais: “A dinâmica adotada teve como meta usar a própria internet para, desde já, conferir mais densidade à democracia. Por meio da abertura e da transparência, permitiu-se a franca expressão pública de todos os grupos sociais [...]” (VANCIM; NEVES, 2015, p. 51).

Sobre a alegação de que o controverso artigo de lei viola a hierarquia das

normas ao expor a liberdade de expressão como o maior fundamento a ser alcançado, remete-se que existe a ponderação interpretativa entre os direitos fundamentais, e não há prevalência de um pelo outro, significando que o legislador ponderou e percebeu que deve prevalecer a vedação à censura nestas situações, pois a objetividade é incompatível com a natureza de funcionamento do provedor, que é de inovação, como várias outras ferramentas da internet. Se há uma limitação a este desenvolvimento, a própria razão de existir das ferramentas acaba por se sacrificar, configurando, portanto, a responsabilidade subjetiva como aquela que equilibra a proteção de consumidores e provedores.

De igual modo, a legislação da internet propõe mecanismos adequados para que se rastreie e identifique os autores do ato ilícito, além de procedimentos para retenção do acesso à registros de conexão, sendo um exemplo de garantia para a vítima, para que tenha assegurado seu direito à indenização em caso de perdas e danos.

A regra prevista no art. 19 apenas isenta provedores de pagamento de indenizações se não houver descumprimento de ordem judicial; provedores permanecem sujeitos a obrigações de remoção e bloqueio assim que a ordem judicial especificar URL com conteúdo ilícito (LEONARDI, 2019, p. 102).

Há defensores contrários a escolha do tipo subjetivo de responsabilidade, mas que reconhecem que o Marco Civil se consolida como efetiva política pública destinada à consecução do direito à informação e exercício de cidadania, por este motivo, quando a legislação privilegia a liberdade de expressão e comunicação, busca-se superar a carência de políticas de inclusão digital, alocando o referido direito como objetivo social relevante, com prioridade no ciberespaço. Entretanto, não se pode ter que há uma infinita força à livre expressão, pelo contrário, há proteção contra lesão à personalidade humana, cabendo indenização devida e a resposta suficiente ao agravo. Também há valoração a dignidade humana, defesa do consumidor, exercício de cidadania, juntamente com outros fundamentos da sistemática da internet, advindo da inspiração que o Comitê Gestor da Internet no Brasil engendrou (VANCIM, NEVES, 2015, p. 55-60).

É perceptível, diante de todo o destacado, que a principal divergência não está na preservação à livre disposição de ideias e conteúdo, mas na maneira correta de ressarcir o prejudicado, tornando a discussão para a análise se a participação do provedor é relevante, ou não, pois há ponderações e garantias para preservar outros

direitos fundamentais.

Ainda sobre a tentativa de garantir a abertura de informação, a lei reconhece, após ponderação de vários aspectos e fundamentos, que preservar a liberdade de expressão e vedar a censura é um meio de agenciar a cidadania digital, dificultando que informações e expressões sejam tolhidas unilateralmente sem um crivo Judicial, pois, do contrário, fomentaria a exclusão digital e a desinformação (CARVALHO, 2014, p. 141-145).

Como antecipado, esta pesquisa não tendencia reconhecer um dos lados, pois ambos têm suas razões e fundamentos calcados em valores da própria Constituição Federal, mas, para que se esclareça a aplicação da responsabilidade subjetiva em caso de danos à concorrência e às marcas por conteúdo de terceiros em links patrocinados, é importante ponderar sobre toda a situação.

Primeiramente, é notório que a responsabilidade do tipo subjetiva é a que mais se adequa ao contexto da técnica virtual e dos danos a marcas e concorrência, levando-se em consideração a conduta do provedor para, daí, aferir se há responsabilização. Nisso tem que se reconhecer o acerto do legislador. Como já referenciado (subtópico 2.3), o tipo subjetivo encontra na conduta voluntária do agente a possibilidade de aferir se na situação faltou prudência, cuidado e perícia para com aquilo que o indivíduo se comprometeu a realizar, sob pena de responder pelos danos que sua conduta desmedida possa vir a proporcionar. Com a evolução temática, reconheceu-se que a prova da conduta fica difícil em ambiente maquinado, o que fomentou a criação de outras técnicas, a ver: culpa presumida, culpa normativa e a abstrata, que parecem galgar melhor resultado para que não fique o prejudicado sem uma tutela judicial.

É com o padrão esperado de conduta, na culpa normativa, em que se prevê comportamentos especiais para aferir a participação do sujeito no resultado, que as leis que regulam situação da internet estão coerentes, por meio de *standard*. Para cada tipo de provedor, a depender da importância de seu papel e da natureza dos conteúdos que lida, é possível conceber um comportamento mínimo, técnico (MORAES, 2003, p. 211-213), sem que enseje controle perante a atividade de outrem. Por esse motivo, se torna importante reconhecer a natureza do tipo de provedor que está inserido no contexto da relação, para compreender até em que medida seu comportamento está de acordo com seu papel social/econômico e com as diligências esperadas de sua atividade. Ao mesmo tempo, é difícil legislar diretamente sobre cada

tipo de provedor, o que demandaria uma legislação “pesada” e de difícil aplicação aos novos atores que forem surgindo, motivo pelo qual, a imputação mediante a análise do comportamento do agente, após iniciar-se o padrão de conduta, se mostra adequado para que a norma alcance o resultado esperado.

Pelo outro viés, não há de se imputar uma atividade de risco a todo e qualquer provedor, tendo em vista que não é pelo mero lucro que se poderá dizer que há proveito, diante do fato de que várias instituições usam da internet para enriquecer, inclusive o indivíduo que não tem conhecimento técnico, que auferem ganhos com vendas ou com a própria imagem e fama proporcionada pelos aplicativos de internet, sendo injusto supor que somente o provedor auferem ganhos com sua aplicação, apesar de ser fornecedor à luz do Código de Defesa do Consumidor, o que o obriga a cumprir com a prestação daquilo que diretamente oferta, mas não com o que outros fazem em seus próprios domínios. Também não é possível dizer que sua atividade cause maiores desajustes a uma parcela da população em detrimento de outras, diante do fato que para ter acesso à rede é necessário apenas um terminal com permissão de conexão, onde qualquer um consegue criar no ciberespaço, donde vence a horizontalidade e o poder de produção lateral (JENKINS, 2009, p. 187-191). Portanto, é acertado o papel da responsabilidade subjetiva para a situação, utilizando de padrões de conduta esperados por cada tipo de provedor.

O Marco Civil acolheu a análise judicial prévia, e posterior emissão de ordem de retirada para medir a conduta do provedor, estipulando o *standard* de comportamento quando intimado sobre a situação, devendo, daí, agir, sob pena de responsabilizar-se solidariamente ao causador do dano, e é aqui que pode realmente haver uma ponderação diversa pelo Supremo Tribunal Federal, que poderá modular o tipo, debatendo se é realmente a partir da ordem judicial ou do conhecimento inequívoco da situação que o padrão de conduta almejado deve ser concluído.

De fato, amparando os direitos privados, a “Lei Maior” fundamentou e principiou a solidariedade como fundamento, como já apresentado na análise sobre a responsabilidade civil objetiva (subtópico 2.4). Na compreensão, percebe-se que há necessidade de conduta diligente pelo provedor, almejando ajudar que se retire a substância danosa, auxiliando no encontro do responsável pelo conteúdo, posto a necessária reparação integral que, na internet, pode ser dificultosa, uma vez que o dano perdura enquanto o ilícito não é retirado, além da dificuldade de saber o real sujeito que ocasionou o prejuízo. Porém, não foi encontrado argumento que possa

abrandar o fato de que deixar somente sob o crivo dos atores privados a análise do conteúdo, em caso de direito marcatório, fomentaria censura, diante dos interesses econômicos e políticos que poderão preponderar perante a livre expressão e à própria dignidade humana, que é o “super valor” por detrás do direito de expressar, informar e ser informado, cabendo ao Judiciário a tarefa democrática de apreciação se é legal, ou não, o conteúdo. Se há problemas no Judiciário, como demora para apreciação dos pedidos, não é só para prejuízos na web, mas para todos, devendo o foco ser em como auxiliar o Poder Judiciário na apreciação mais célere sobre situações na rede, e não deixar somente aos atores privados, com interesses próprios, dizer o que é conteúdo legítimo ou não.

É possível perceber que a responsabilidade subjetiva do provedor, a luz do artigo 19 do Marco Civil, parece coerente com a natureza e característica do ciberespaço, que foram apresentadas no Capítulo 1, que se destaca como um local para o exercício da cidadania, onde a informação deve circular sem obstáculos, haja vista seu valor emancipatório e fundamental ao humano. É neste enfoque que se percebe que o princípio da dignidade humana, descrito no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, está atrelado ao acontecimento de ser digno que o humano se expresse, comunique, informe e seja informado, não denotando o Marco Civil uma posição tendente a reconhecer somente a liberdade de expressão como valor maior, mas todas as soluções que ela causa.

É, também, de alto valor econômico, assegurar que não haja censura sobre conteúdos postados, deixando que a informação circule e leve consigo seu valor agregado para todos os pontos, fomentando riquezas, uma vez que estimula a livre iniciativa e valoriza o trabalho, que é outro fundamento da Constituição Federal (Art. 1º, inciso IV), estando, a dignidade, também em seus núcleos, pois é honrado que o humano consiga criar novas formas de emprego e ganhe o sustento para se alimentar, tenha saúde, lazer e concretize seus sonhos em vida, através de atividade com valorização pecuniária, estando a divulgação de seu serviço ou produto adstrita a todos estes significados.

Acreditar que a reparação integral está em possibilitar ao provedor retirar o conteúdo assim que notificado por particulares, especialmente no caso de danos as marca e concorrência publicitária, deixará ao jogo político e empresarial de interesses averiguar o que é contrário à democracia do espaço virtual, e estes não são os atores democraticamente reconhecidos para esta tarefa, cabendo, portanto, a instituição do

Judiciário apreciar se há dano, ou não. Como ponto de crítica, se a Justiça é morosa, o problema está nela e não na técnica escolhida para a responsabilização do provedor, pois o tipo respeita as características da web. Nada obsta, por outro lado, que sejam implantadas arquiteturas pelos provedores para que se dificulte que informações que causem danos à terceiros circule livremente, e isto também é previsto pelo M.C.I., quando elenca os deveres no artigo 15, que deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de seis meses, nos termos do regulamento.

Em análise sobre internet e regulamentação (subtópico 1.4), foi apresentado a teoria de que a web deve ser regulada não só pelo direito (apesar de os valores constitucionais terem de preponderar sobre todas as outras), mas pelo auxílio das regras morais, econômicas e da própria arquitetura, que irá ser criada e modificada para que provenha eficácia aos fundamentos, princípios e garantias constitucionais. Se forem implantados meios técnicos, seguros, aptos a registrar quem são os autores dos conteúdos postados, não haverá problemas em encontrar o verdadeiro causador do dano, e é este quem deve suportar o ônus daquilo que publicou, não o provedor.

Até aqui parece coerente afirmar que o legislador acertou na escolha do artigo em debate. Contudo, não há proibição para que o provedor, dentro de sua autonomia e desde que não lesione direitos e interesses alheios, possa, também, cooperar para que não perpetue danos em suas aplicações, elaborando regras próprias em que fique esclarecido o que é permitido postar e compartilhar em seus serviços, apresentando-as de maneira clara e consentida em seus Termos de Uso, para que, com isso, o usuário saiba o que é possível e o que não é, podendo o provedor, através deste comportamento informativo e esclarecido, modera ou excluir aquilo que está contrário ao regramento imposto, e, após, é admissível ao autor da substância procurar o Judiciário para analisar se houve censura ou não, sendo de responsabilidade do provedor arcar com a retirada da postagem de outrem. Quando se trata de situação em que não é evidente o dano, como no caso de marcas e uso de expressões, é justo que o provedor se mantenha no aguardo de uma possível ordem judicial para retirada.

Ao tratar de situação em que os interesses são bem visíveis e passíveis de concretizarem grandes “estragos”, seja social ou econômico, pode o provedor agir com perícia para, ao mínimo, manter “fora do ar” até que o Judiciário decida se é, ou não, justo que se sustente o conteúdo. Adriano Vancim e Fernando Neves (2015, p. 132) reconhecem não ser uma atividade simples a de controle, posto a grande

dificuldade do provedor em dominar tudo que passa em seu fluxo, tanto é que nem o Judiciário é capaz de controlar, mas, nada embaraça que o provedor diligencie, assim que souber da situação, para que garanta maior eficácia para ambos os lados.

Neste sentido, na data de 06 de setembro de 2021, foi editada a Medida Provisória nº1.068/21, que alterou a Lei nº 12.965/14- Marco Civil da Internet-, para dispor sobre as redes sociais. Embora referida medida esteja suspensa (até a data de setembro de 2021) e possa vir a ser revogada, há imposição de um “objetivismo” para que o provedor possa fundamentar-se e tomar atitudes de retirada de conteúdo, destacando os artigos 8-A, 8-B e 8-C que foram adicionados.

No referido artigo 8-A ficou estabelecido direitos dos usuários de redes sociais, destacando o direito de informação da rede social sobre moderação ou limitação de conteúdo (I), contraditório (II), devolução da conta no exato estado em que se encontrava em caso de moderação indevida do provedor (IV) e de não exclusão de conteúdo gerado por terceiros, exceto se por justa causa (VI), percebendo-se que o provedor deve sempre agir de maneira a informar previamente o que não pode ser disposto em suas aplicações.

Quanto a justa causa, descrita no artigo 8-C, nota-se a tentativa de estabelecer parâmetros diretos de condutas que o provedor não deve aceitar e, sendo previamente estabelecido em seus regimentos e informado ao usuário, poderá moderar e até excluir as postagens em caso de justa causa, apartando situações de crimes variados, dentre eles atos que violem o ECA, atos de preconceito contra raça, cor, gênero, incitação e apoio a violência, dentre outros motivos que não se resumem nestes e que também estão disposto no artigo de lei.

Sobre publicidades que violem marcas e concorrência, foi adicionado no artigo 8-B, inciso V, uma justa causa, que poderá ser motivo de exclusão, cancelamento ou suspensão de contas em redes sociais que ofertem produtos ou serviços que violem patente, marca registrada, direito autoral ou outros direitos de propriedade intelectual. É neste assunto que se percebe a tendência normativa de reconhecer que, uma vez informado ao usuário a justa causa, caso o provedor tome conhecimento do ato contrário à publicidade proba, ele poderá excluir a respectiva conta.

O ato de legislar através de medida provisória não parece ser dos mais coerentes, posto a importância do tema, que demanda troca de informações por todos os setores sociais e legislativos para que se possa elaborar uma norma democrática e justa. Porém, em sua raiz, há de se reconhecer que há coerência em estabelecer

padrões objetivos para auxílio do provedor em saber se poderá retirar conteúdo antes de ordem judicial, uma vez que sejam inseridas estas diretrizes em seus termos de uso, auxiliando que não ocorra censura e que a conduta diligente do provedor seja garantida.

Mesmo em caso de revogação da Medida Provisória, reconhece-se que pode ser um caminho a ser percorrido pelo legislativo para legislar sobre o tema, auxiliando os atores da internet a ter clareza no que é permitido e o que não é em suas plataformas.

No que se refere especificamente a conteúdos publicitários do Ads, que possam ferir a concorrência proba ou o direito subjetivo de uso de marca, percebe-se que é um dano de cunho privado, em que a sociedade está em último grau na abstração, sendo lógica a técnica do artigo 19 para que o provedor só diligencie após ordem exata de onde consta a lesão. Reconhece-se que não é um artigo de lei pensado exclusivamente nestes danos, aliás, o foco do legislador talvez tenha sido outro, mas é coerente para a situação. Contudo, ao abordar danos além destes, parece coeso o valor da Constituição que limita a extrema liberdade quando ponderada com a de outros, cabendo o entendimento de que o provedor pode retirar o conteúdo assim que tomar ciência e desde que tenha informado e esclarecido esta possibilidade ao usuário através de seus Termos de Uso, devendo, inclusive, haver evolução para que a arquitetura de funcionamento promova um reconhecimento mais rápido e eficaz nestas situações, como, aliás, o próprio artigo 21 do Marco Civil da Internet já pensou, para os casos de cenas de nudez ou de atos sexuais.

Portanto, independentemente de o artigo 19 do M.C.I. ser inconstitucional ou não, o que deve se manter é o reconhecimento de que a responsabilidade dos provedores é subjetiva, com a culpa aferida no *standard* de conduta esperada pelo ator da internet para retirada do conteúdo, seja após notificação extrajudicial esclarecida e informada nos Termos de Uso, ou por ordem judicial, reconhecendo a técnica informática em que as aplicações estão inserida e a natureza dos provedores para que se utilize o tipo justo de responsabilização.

No uso do Ads, parece racional a manutenção da ordem judicial para que se retire o conteúdo do ar, diante dos interesses econômicos em debate, pois a concorrência e as marcas dizem respeito aos seus titulares que estão lutando em ambiente mercadológico, e somente é possível referir que há lesão após análise minuciosa sobre o que é justo naquela competição de segmento, e que o

aproveitamento de ideias e criações dentro dos parâmetros legais, sem que cause confusão ou desvio ilícito de clientela, não é proibido (BARBOSA, 2009, p. 35-37), haja vista que até que se prove o contrário, a clientela ganha com a publicidade direcionada, pois apresentam-se links com o conteúdo daquilo que cada um digitou e procurou, promovendo confiança.

Em eventual modificação ou extinção do artigo 19, ainda sim, em situação dos danos enfrentados nesta pesquisa, de natureza concorrencial e marcatória, a conduta do provedor deverá ser medida para que averigue a real participação no aproveitamento da clientela alheia, na confusão e no parasitismo. O mesmo perante a diluição de marcas de renome e notórias.

## CONCLUSÃO

A pesquisa teve por objetivo principal analisar qual o tipo de responsabilidade civil que se aplica ao serviço de links patrocinados da empresa Google, o “Ads”, pelos danos causados à concorrência leal e às marcas perpetrados pelos anunciantes. O objetivo secundário foi reconhecer o poder das redes e das ferramentas inseridas em no contexto de funcionamento da internet.

Sobre os resultados obtidos, inicia-se no capítulo primeiro com a compreensão da internet como sendo um meio de comunicação que interliga pessoas, instituições e até coisa, que, por sua vez, forma uma “grande rede mundial de comunicação”, em que é possível aos usuários comunicarem-se em tempo real, sem espaço geográfico definido e com a incerteza do sujeito que está participando. Da análise histórica foi possível auferir que sua criação teve interesses militares, para manter a segurança e soberania norte americana sob os países ocidentais da Europa, em meio a Guerra Fria, fazendo oposição ao poderio aplicado pela União Soviética no setor oriental do “velho continente”, reconhecendo que mesmo ligado ao aspecto bélico, a internet foi elaborada por cientistas que a aplicaram na troca livre de informação, para gerar maior conhecimento entre os pares, ligando universidades entre os primeiros “nós”, promovendo a característica de permuta de informação e liberdade na exposição de conteúdo, que a fundou e que proporciona, em evolução, o caráter democrático atual, permitindo sua abertura comercial, em que os particulares podem acessar a web para, além de praticar comprar e venda, informar e ser informado, expressar suas opiniões sobre todos os tipos de assuntos, configurando-se em um espaço aberto para a troca de bens digitalizados, conformando tudo em dados e informação.

No que se refere ao Brasil, realizou-se breve análise histórica sobre a vinda da internet para o país, percebendo-se que ela chegou em período de abertura comercial para o mundo, sem que o Estado influenciasse em sua implementação, tendo como norte a privatização da economia, propiciando um local para o uso com propósitos mercadológicos e privados, fomentando a livre iniciativa e a liberdade de expressão. Este aspecto libertário modificou as estruturas sociais e econômicas não só deste país, mas de todo o planeta, servindo de base para a construção de uma sociedade que tem a troca de dados e informação como elemento e característica.

Por assim ser, analisou-se as modificações introduzidas na sociedade e na economia advinda da tecnologia em rede, em que foi possível perceber que a web foi

fonte para que a atual sociedade globalizasse, possibilitando que dados e informação se tornassem o objetivo de toda e qualquer atividade, sendo este o interesse coletivo. A importância à informação para o grupo é tamanha, que a sociedade volta suas forças para criação de máquinas conectadas, que se alimentam de dados para produzir o resultado prático ao qual foram pensadas, juntamente a ascensão das mídias interativas, que se tornam meios próprios de expressão.

Na análise econômica da inserção da internet, foi compreendido que há uma sociedade globalizada e interativa, convertida na tarefa de troca massiva de dados e informações, promovendo a descentralização e maior participação dos atores econômicos. Demonstrou-se que a produção está saindo do sistema hierárquico para uma horizontalidade sem intermediários, com inúmeros participantes que vão agregando ao resultado, pautado na colaboração e no aglutinamento de dados e informações, formando a economia informacional e a força lateral, entendida com o poder colaborativo que empodera pequenos e médios empreendedores e que trabalha além dos meios tradicionais, permitindo que haja venda e produção em igualdade com grandes empresas, posto o trabalho interconectado dos atores econômicos e a ligação direta com seus consumidores, que são participativos. Isto reflete nas mídias e na virtualização de produtos, como músicas, vídeos, conteúdos informativos e publicidade, os quais são consumidos dentro de comunidades virtuais que vão os legitimando, estando o produtor e o consumidor no mesmo nível, para que troquem dados e informações diretamente, com ganho mútuo, sendo esta a realidade econômica que possibilitou a criação de links de patrocínio, que funcionam de maneira participativa e horizontal, onde o internauta demonstra suas vontades para que o anunciante possa saber o que publicar, e quais são os meios mais eficientes.

Também foi possível alcançar o resultado de reconhecer que o poder de decisão econômica regional pelos governos está se enfraquecendo pela interconexão dos mercados, posto que a globalização forma um poder maior do que o de alguns países e seus âmbitos de atuação, culminando em forçar a criação de redes entre administrações, para que se possa obter um resultado satisfatório, concretizada através da “continentalização”, na busca por um resultado parcimonioso positivo, denotando que o poder de interligar sujeitos, atinge, inclusive, os governos.

Em sequência, abordou-se as fases de regulamentação que passou a rede mundial de computadores, reconhecendo que as arquiteturas de controle, juntamente aos meios sociais, econômicos e normativos de coerção são a base para envolver as

legislações que estão surgindo, pois somente com estruturas de funcionamento aptas a fornecer eficácia é que o valor do direito manter-se-á firme no ciberespaço. Notou-se que já houve fase de anarquia no mundo virtual, em que os defensores pregavam por um local livre, autorregulado, privado, não cabendo ao Estado legislar sobre o tema. Entretanto, as inúmeras lesões que surgiram com o uso desenfreado e sem regras, além do maior número de usuários, culminaram em uma vertente que debatia a criação de uma norma internacional, o que também não vingou, haja vista as considerações distintas de direitos fundamentais e liberdades que cada país possui.

Com o uso da analogia, reconheceu-se o ciberespaço como um local público, em que o Estado pode legislar, aplicando as leis já existentes sobre institutos parecidos, em afinidade. Contudo, essa prática não respeita as técnicas e características próprias da web, perpetuando outras lesões ao invés de resultados satisfatórios, não sendo a melhor opção. É neste contexto que a defesa ao uso de arquiteturas de controle, em que se respeitem as características e técnicas computacionais, tem maior eficácia, pois a norma sozinha não consegue ter efeito no mundo virtual, demandando artifícios de controle para prover a segurança esperada. Sobre este ponto, é importante concentrar para a legislação do Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/14, que antecipa arquiteturas para os provedores manterem o cadastro e dados dos usuários, para que aponte quem são os infratores em caso de lesão a terceiros. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709/18, também as prevê, em seu artigo 44, incisos I, II e III, para uso de medidas técnicas de segurança aptas a prover eficácia na proteção de dados pessoais, denotando que a fase mista está vigente na atualidade e tem sido aplicada nas legislações que versam sobre internet.

Reconheceu-se que, além das arquiteturas, os valores primordiais do direito devem estar presentes na criação da lei, sob pena de haver lesões a direitos constitucionais, onde poderá prevalecer valores eminentemente privados se não for observado os princípios e fundamentos. É nesta dualidade que a fase mista aparentemente se destaca, por haver maior efetividade com o uso de arquiteturas de controle e com o uso de leis de conteúdo principiológico forte.

No ponto final do primeiro capítulo, foram apresentados os atores da internet, que são os provedores, capazes de proporcionar aos usuários o acesso a rede mundial de computadores e as suas funcionalidades. Usando da técnica conceitual, diferenciou-se os tipos, na finalidade de compreender o que são cada um deles, sendo

importante para auferir sua responsabilização. Embora haja vários, com a Lei nº 12.965/14 houve uma divisão legal entre os tipos, decompondo apenas entre dois: os provedores de acesso à internet e os provedores de aplicação. Este segundo é conceituado como aquele que estabelece as funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet, segundo artigo 5º, inciso VII, da lei. É o tipo que se configura o Google Ads, podendo perceber que, a partir desta compreensão é que se irradia a responsabilização do objeto desta pesquisa, como se averiguou em capítulos posteriores.

No capítulo segundo, analisou-se a liberdade de expressão, em seu aspecto geral, para, então, compreender a sua aplicação à internet. No geral descreveu-se como fundamental, inerente à qualidade do humano, sendo digno que se garanta sua potencialidade enquanto forma de comunicação e informação e, por assim ser, as Constituições dos países ocidentais positivaram este como fundamental ao indivíduo, protegendo-o de intervenções estatais e privadas, para que não sofra censura.

A liberdade de expressão é fundada na autonomia individual, na busca pela ciência e na participação democrática, sendo uma garantia para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, para que haja efetiva dignidade do humano, promovendo a liberdade aos meios de comunicação, para que os indivíduos possam se manifestar, expressar, informar e serem informados. As legislações que versam sobre a internet, mesmo que indiretamente, adotaram este fundamental, princípio e garantia, como ocorre com o Marco Civil da Internet que, em seu artigo 2º, aloca-a como a mais importante dentre os fundamentos, demonstrando que é basilar para o funcionamento da web que haja livre disponibilização de conteúdo. O mesmo ocorre com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que embora não verse sobre internet diretamente, é no meio virtual que a captação de dados é massivamente praticada, alocando em suas estruturas a liberdade de expressão como um princípio, preservando que, mesmo em caso de troca de dados de cunho pessoal, o direito de comunicar-se, informa e ser informado esteja garantido, devendo ponderar quando em conflito com a privacidade e intimidade do sujeito. A importância está no fato de que o Ads está inserido na internet, lhe sendo inerente o respeito a liberdade de expressão e conteúdo postado por seus usuários, sendo o que fundamenta a sua não participação na escolha sobre as palavras-chave que os anunciantes remeterão aos links, assim como ao conteúdo disposto no domínio e no próprio anúncio.

Em sequência, estudou-se a responsabilidade civil, reconhecendo que é o meio pelo qual a norma vetoriza equilibrar situações sociais, atribuindo a obrigação de reparar ao indivíduo que viola dever originário e causa danos a outrem. Os danos, em debate, foram compreendidos como lesões à interesses juridicamente tutelados ou a direitos subjetivos.

Foi possível averiguar a evolução que a responsabilidade teve em seus elementos, que inicialmente estava focado na individualidade do ato, no aspecto subjetivo de quem está agindo contrário ao preceito legal e causando danos a outrem. Tinha-se na culpabilidade o elemento necessário para que houvesse a responsabilização, juntamente ao nexos e o dano, mas, com a consideração de que as evoluções tecnológicas aumentaram as proporções do dano, dificultando que se pudesse imputar culpabilidade as pessoas e instituições, um apelo social foi imposto ao objeto e adotaram técnicas que não mais necessitava de culpa para configurar. Este aspecto levou a posições distintas sobre o papel da responsabilidade que, a depender do ponto histórico onde o civilista esta, pode ser compreendida como o dever de reparar alguém que sofreu um dano, ou como uma obrigação preventiva e, até punitiva. Os resultados da pesquisa levaram ao conhecimento de que a finalidade é reparatória, como se denota do artigo 927 do Código Civil que, por sua vez, tem fundamento na própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e a solidariedade social como um princípio (Art. 3º, inciso I), significando a visão de a responsabilidade ser um fator de reprimir condutas ilícitas, com a função de reparação à vítima, tendo como valor maior o humano.

Na continuidade, analisou-se as diferenças entre os tipos subjetivos e objetivos, pelo risco e pela solidariedade, em que há a evolução no reconhecimento que a culpa não é suficiente para que haja justiça em situação de danos oriundos da maquinação, posto a dificuldade da vítima em apontar a culpabilidade. O resultado auferido foi o de que o direito brasileiro mantém o elemento culpa como essencial à responsabilidade civil, segundo o artigo 186 do Código Civil. Contudo, há algumas situações em que não é necessário haver culpa para que haja a responsabilização, sendo estas “excepcionais” na lei, fundadas pelo artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, que prevê a cláusula geral de risco e as legislações em que se opta pela objetivação.

No que se refere as situações que o legislador escolhe por utilizar um tipo especial de responsabilidade, nota-se que podem aplicar o tipo objetivo ou subjetivo,

a depender da análise da atividade e situação que se busca regulação, como ocorreu com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18) que, sem embargo de outras, são normas que tipificam tipos distintos de responsabilidade para os provedores de aplicação. O motivo de haver especiais leis para a responsabilidade civil da internet está no fato de que o dano, elemento necessário tanto para o tipo subjetivo quanto objetivo, diferencia-se no ambiente virtual por ser um local com tempo, sujeito e espaço diverso do físico, cabendo reconhecer que o interesse juridicamente tutelado ou o direito subjetivo, que é lesado na web, tem como base a ponderação sobre as garantias constitucionais e os valores humanos, que são, em última instância, a raiz da existência de um interesse protegido pelo ordenamento. É a partir deste ponto que a pesquisa começa a analisar situações de responsabilidade do provedor de aplicação, tendo como primeiro foco o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Nesta legislação, foi prevista o tipo objetivo para responsabilizar fornecedores de serviços e produtos quando há situação de fatos e vícios. No caso, quando o provedor de aplicação, que é um fornecedor de serviço, causar danos aos usuários, pelo que diretamente tem ingerência e controle, seja por vício ou por fato do serviço ou produto, independentemente de serem danos materiais ou extrapatrimoniais, há o dever de indenizar sem necessidade de demonstração de culpa, posto a obrigação legal de não causar danos aos seus usuários, consumidores, pois o risco do negócio é do fornecedor. No caso do Ads, o CDC aplica-se quando o serviço ofertado não corresponder com as qualidades esperadas do tipo, ou se ocorrer alguma lesão aos aparelhos utilizados pelos anunciantes, mas, apenas se for por ato direto do provedor, e não por conteúdo disposto por terceiros que, neste caso, aplica-se o tipo especial do Marco Civil da Internet.

Após, o estudo vetoriza ponderar sobre a responsabilidade especial prevista na Lei nº 12.965/14 – M.C.I., que aplica a isenção de responsabilidade por conteúdo de terceiros aos provedores de conexão, no artigo 18, e, para os provedores de aplicação, na finalidade de preservar a liberdade de expressão e não causar censura, aplica-se a responsabilidade do tipo subjetiva e solidária, apenas se, após notificado judicialmente, o provedor manter-se inerte ou não cumprir corretamente com a ordem exarada pelo Judiciário.

Também houve análise sobre a responsabilidade pela Lei nº 13.709/18 – LGPD-, que tem como resultado, a conclusão de que seu tipo de responsabilização é a proativa, em que o provedor deve utilizar todos os meios eficazes para que não haja danos aos dados pessoais tratados, devendo comprovar que as aplicou com eficiência, mediante arquitetura de controle e segurança, pois, do contrário, sofrerão as consequências das perdas e danos. A título de complementação, foi feita uma sintética análise do Projeto de Lei nº 2.630/2020- “Lei das Fake News”, que também estipula obrigações de eficácia para os provedores de aplicação não serem responsabilização por danos causados pela desinformação praticada na rede mundial de computadores, tendo como parâmetro a ordem de arquiteturas que possam encontrar notícias “desinformativas” e avisar previamente ao público da possibilidade, inclusive em links patrocinados.

No terceiro capítulo foi analisado o que é efetivamente o serviço de publicidade do provedor Google, o Google Ads, descobrindo que se trata de um serviço de links patrocinados que utiliza de publicidade direcionada, compreendida como aquela que se apega aos sentimentos e emoções do indivíduo para concluir o desejo de compra em determinada marca. Este tipo é pago pelos fornecedores/anunciantes, com a finalidade de convergir usuários da internet em consumidores. Para tal tarefa, o serviço destaca o anúncio, apresentando-o em posição privilegiada nos terminais dos internautas que estão navegando no buscador do Google ou em seus sites parceiros. Trata-se de ferramenta de publicidade totalmente alinhada à sociedade informatizada, que tem o interesse na convergência de mídias e trabalha de forma horizontal, gerando confiança para consecução de comércio eletrônico, emanada pela pesquisa do próprio usuário por palavras-chave que se convergem em links, que, por sua vez, possui essência atrelada a vontade do usuário da internet, estabelecendo aparência de credibilidade e ligação entre os participantes da relação.

Em sequência, atestou-se que o Ads não faz edição ou censura do conteúdo postado pelo anunciante, cabendo somente ao sujeito que anuncia escolher as palavras que vão convergir no link, bem como a elaboração dos textos do anúncio e o conteúdo de site ou domínio. Todavia, este tipo de arquitetura em que funciona o Ads possibilita que se o anunciante estiver mal-intencionado, possa auferir ganhos ilícitos, danificando a concorrência e às marcas.

Os motivos de alguns anunciantes utilizarem a ferramenta com mal intento, pode ser explicado por meio dos vieses e heurísticas empregadas pelo humano para

sua tomada de decisão, que não são de todo racional, sendo permeada de sentimentos. Assim, os anunciantes mal-intencionados podem lesar suas vítimas, no uso do Ads, através da rápida impressão do sistema 1, da arquitetura do anúncio, da perspectiva e aversão à perda, da dificuldade do humano com probabilidades, da ancoragem, da disponibilidade e por meio da confiança excessiva que os links patrocinados proporcionam, sendo estes alguns dos vieses e heurísticas que podem se aplicar ao caso, sendo a partir deste aspecto que partiu-se para a análise das situações de danos à concorrência leal e às marcas no uso da ferramenta.

No âmbito dos danos à concorrência entre particulares, por conteúdo disposto unicamente por eles, foi possível constatar, pela técnica conceitual e normativa, que há prática de desvio de clientela, confusão e concorrência parasitária, à luz da Lei nº 9.279/96 e seus artigos 189, incisos I e 195, incisos III IV, V e VI, que são tipos criminais, sem deixar de aferir sobre a possibilidade de haver a obrigação de ressarcir em perdas e danos quando o ato, ainda que não configure crime, conforma-se como lesivo a expectativa de luta justa no mercado econômico, donde prejudique a reputação e os negócios alheios, além de causar confusão aos clientes. Nesta situação, o dano está na violação jurídica da competição econômica que atenta contra a clientela e cause confusão, independentemente de ser um ato taxativo ou não.

No uso do Ads, pode se apresentar as seguintes hipóteses em que se configuraria a situação de danos à concorrência: Pelo uso nas palavras-chave de expressões que são vinculadas com alguma corporação, seja pela marca nominativa ou mesmo pela fama que determinado produto ou serviço possui, incluindo apelidos e aspectos tridimensionais, ou mesmo por termo que remete a tecnologia e experiências ofertado por outrem e reconhecidamente caracterizado no mercado; pela remessa de imagem, expressão ou insígnia inserido no anúncio, havendo lesão com a simples possibilidade de gerar dúvidas ou incerteza no consumidor por meio da associação indireta dos elementos que identifiquem determinada empresa e que remeta a outra, diversa; pelo uso de texto, palavras ou frase que remetam à notoriedade de seu concorrente, com a finalidade de confundir e angariar a clientela do outro, usando de sua boa reputação. Isto também ocorre quando é identificado o uso do nome próprio ou social do concorrente, aplicando-o em seu produto.

O dano, que se configura com a mera violação a expectativa justa de concorrência que se espera de cada segmento, tem como parâmetro as práticas de cada gênero de produtos ou serviços que são contrárias ao direito de concorrência e,

inclusive, que atingem os elementos imateriais do estabelecimento virtual, como a clientela, que é o principal foco do anunciante de má-fé, além da marca, que na maioria das vezes é de notoriedade ou de alta popularidade, posto que nestas, há maior interesse publicitário.

Quanto a lesão à marca, foi possível constatar que ela pode ocorrer pela diluição, configurada pela contrafação e que leva a maculação, ofuscação e adulteração de marcas de renome ou notórias. No uso do Ads, pode-se configurar seguindo as seguintes situações: maculação pela perda da boa fama, que está totalmente atrelada ao poder publicitário do signo; ofuscação com a diminuição do poder distintivo; adulteração, uma vez que com a tridimensionalidade utilizada em qualquer espaço virtual, degenera a original.

Para chegar a este resultado, basta que o anunciante utilize em seu link, como palavra-chave, ou mesmo no anúncio em si, marca registrada, notória ou o sinal distintivo de outrem que a possui primariamente, para angariar clientela alheia, lesando a concorrência. Inclusive, a contrafação e a conseqüente diluição da marca famosa ou notória atingem tanto o interesse quanto o direito subjetivo, lesando a esfera patrimonial e extrapatrimonial, conformando-se em um dano presumido.

Por fim, com a junção de todos os dados e resultados obtidos ao longo de cada capítulo e seus subtópicos, é possível concluir que a responsabilidade aplicada ao Google Ads, em caso de concorrência desleal e lesão às marcas, perpetradas pelos anunciantes, é subjetiva, donde deve-se medir a culpabilidade do provedor para que seja solidariamente responsável com o autor, à luz do artigo 19 do Marco Civil da Internet. É subjetiva pois o Google não possui qualquer tarefa ativa, de edição ou mesmo controle do conteúdo, apenas dispendo de um espaço publicitário para que cada interessado escolha as expressões que vão remeter ao link, não cabendo ao provedor o dever de censurar previamente os usuários da internet, não é esse o serviço que fornece. São os usuários que devem respeitar as regras de seus negócios para não lesarem concorrentes e marcas, restando as empresas ou pessoas que se sentirem lesadas com os links, procurar o Judiciário e requererem a retirada do conteúdo, nascendo a obrigação do provedor ao receber a ordem judicial.

O que se percebe, é que se trata de um tipo de responsabilidade subjetiva, configurada quando o provedor não cumpre com o *standard* de comportamento esperado, em específico há: a negligência na omissão de não retirar o conteúdo lesivo; imprudência quando age de maneira apressada e afoita; imperícia, quando não utilizar

de técnicas aptas para cumprir à ordem judicial.

Além da responsabilidade do M.C.I., enquanto controlador de dados, o Ads tem responsabilidade ativa, devendo cumprir com todos os *standards* de eficácia previsto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, usando de arquitetura de segurança eficiente para evitar qualquer dano. Os elementos de sua responsabilização, neste caso, são o dano, nexos de causalidade e conduta ineficiente de segurança pelo provedor, que deve ser examinada em concreto, avaliando se os agentes fizeram de todo o possível para evitar o mal.

Embora haja discussão quanto a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil, em que, de um lado, estão os defensores da necessidade de o Judiciário enfrentar a questão quanto ao conteúdo, para que ordene a retirada, enquanto há quem pondere que o provedor poderia agir antes, assim que tomar conhecimento por qualquer meio, para evitar a perpetuação do dano, tendo em vista que a liberdade de expressão não deve se sobrepor ao ressarcimento de danos à personalidade, entende-se que em ambas as hipóteses a responsabilidade do provedor permanecerá sendo subjetiva em situação de danos a concorrência e às marcas, causado pelos anunciantes, diante do tipo conseguir prover maior realização da pacificação social na situação jurídica, reconhecendo que não há risco maior a nenhum partícipe, não justificando impor ao provedor controlar o que os usuários estão postando no conteúdo publicitário. Não há nem mesmo um proveito que justifique a teoria do risco, diante do fato de que todos os sujeitos se valem da estrutura da internet e suas ferramentas para auferir algum ganho, facilitando o comércio eletrônico, emancipando pequenos e médios empresário, e até pessoas, com valorização do comércio, da prestação de serviço, da imagem e nome que cresce no contexto horizontal, participativo e de produção cooperativa da rede.

Conclui-se que o poder das redes está na promoção de melhores serviços e produtos que estão sendo produzidos em colaboração, por todos, desde o fornecedor até o consumidor, desde o provedor até o usuário, que vão trocando dados e informação e incrementando o fruto, para que todos possam beneficiar-se, sem a necessidade de uma cadeia hierarquicamente estabelecida. O Ads trabalha no contexto do poder lateral das redes, com possibilidade de o serviço ofertado pelos usuários ser produzido além das estruturas tradicionais de publicidade, servindo como meio de propagar informação sobre anúncios e aumentar os resultados de quem divulga e de quem pesquisa por eles, fortalecendo o poder fora dos padrões centrais.

Ao direito, resta estar apto a compreender a natureza o real funcionamento de ferramentas como o serviço de publicidade da Google, para regular comportamentos contrários à técnica em que ele está inserido e contrários a natureza dos provedores, ao mesmo tempo que deve manter os fundamentos, princípios e garantias constitucionais, pois não haverá efetividade na proteção jurídica sem que se reconheça o real papel dos provedores da internet e os valores da ordem jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBATE, Janet. **Inventing the Internet**. Cambridge, MA: MIT Press, 1999.

ADVERTISEMENT. In: MICHAELIS, **Dicionário Brasileiro de Língua Inglesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-ingles/busca/ingles-portugues-moderno/advertisement/>. Acesso em 10 mar. 2021

ALMEIDA, Marcus Elidius Micheli de. **Abuso do Direito e Concorrência Desleal**. São Paulo: Quartier Latin, 2004

AMARAL, Ana Cláudia Correa Zuin Mattos do; PONA, Everton Willian. Delimitando Conceitos: Do Jurídico ao Econômico e a Adequada Compreensão do Patrimônio Como Meio Indireto De Tutela da Pessoa Humana. In TRECCANI, Girolamo Domenico MENEZES, Joyceane Bezerra; BARROSO, Lucas Abreu (coords.) **CONPEDI/UFPA: Direito Civil II**. Florianópolis, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=45a2317a76448dd4>. Acesso em: 29 jun 2021

AMARAL, Francisco. **Direito civil introdução**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil. Teoria Geral**. Vol. III. Relações e Situações Jurídicas. Coimbra: Editora Coimbra, 2002a.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.

AUGUSTO, Vinicius Augusto; RODRIGUES, Vinicius. **Google Ads, comece aqui: a melhor ferramenta de marketing do mundo**. E-book: Versão Kindle, 2019

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. **A propriedade intelectual no século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luiz Roberto. O valor social da livre iniciativa; In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do Estabelecimento Comercial: Fundo de comércio ou fazenda mercantil**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

BBC News. Entenda o escândalo do uso político de dados que derrubou valor do facebook e o colocou na mira de autoridades. **Site G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>: Acesso em 03 dez. 2019.

BEÇAK Rubens; LONGUI, João Victor Rozatti. Abertura e colaboração como fundamento do Marco Civil da Internet. in DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.) **Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.

BIANCA, C. Massimo. **Realtà Sociale ed Effettività della Norma. Obbligazioni e Contratti Responsabilità**. Milano: Giuffrè Editore, 2002, v. 2, p.977-983;

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Concorrência Desleal**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BITTAR, Carlos Alberto. A teoria da responsabilidade civil e os novos instrumentos de defesa do consumidor. In BITTAR, Carlos Alberto. (coord). **Responsabilidade Civil por Danos a Consumidores**. São Paulo: Saraiva, 1992.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil, Teoria e Prática**. 3ª ed. Ver. Atual. e ampl. por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicação (ANATEL). **Norma nº 004/95**. Aprovada pela portaria nº 148 de 31 de maio de 1995. Ministério das Comunicações, item 3, alínea a Anexo A. Brasília, 1995.

BRASIL. Conselho Nacional de Arquivos. Disponível em: <http://conarq.arquivonacional.gov.br/conarq/perguntas-mais-frequentes.html>. apud TEXEIRA, Tarcisio. **Curso de Direito e Processo Eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. 4ªed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça Federal. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. **Enunciado nº 38**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6015consolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015consolidado.htm). Acesso em: 08 ago. 2020

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 07 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília: Congresso Nacional, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm). Acesso em: 15 mar. 2021

BRASIL. **Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997.** Lei Eleitoral Brasileira. Congresso Nacional: Brasília, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm). Acesso em: 06 set. 2020

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Congresso Nacional: Brasília, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 15 ago. 2020

BRASIL. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.** Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Congresso Nacional, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm). Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011.** Defesa da Concorrência. Brasília: Congresso Nacional, 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.682 de 09 de julho de 2012.** Dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos. Brasília: Congresso Nacional, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12682.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12682.htm). Acesso em 06 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014.** Marco Civil da Internet. Brasília: Congresso Nacional, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 06 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 06 mar. 2021

BRASIL. **Lei nº 13.874 de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as

Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm#:~:text=1%C2%BA%20Fica%20institu%C3%ADa%20a%20Declara%C3%A7%C3%A3o,IV%20do%20caput%20do%20art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm#:~:text=1%C2%BA%20Fica%20institu%C3%ADa%20a%20Declara%C3%A7%C3%A3o,IV%20do%20caput%20do%20art.) Acesso em: 08 ago. 2020

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Sociedade da Informação no Brasil: Livro Verde**. TAKAHASHI, Tadao (org.). 2000.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001**. Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Presidente da República, 2001 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/Antigas\\_2001/2200-2.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm). Acesso em 07 ago. 2020

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.068, de 06 de setembro de 2021**. Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, e a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre o uso de redes sociais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm). Acesso em 07 set. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1572/11**. Institui o Código Comercial. Congresso Nacional: Brasília. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=888462&filenome=PL+1572/201](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=888462&filenome=PL+1572/201). Acesso em: 15 ago. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5140/SP**. Constitucional. Lei Estadual de Iniciativa Parlamentar. Criação de Novas Atribuições ao Poder Executivo Para Supervisionar a Produção de Filmes Publicitários Para Prevenção Ao Uso de Drogas, Fiscalizar Exibição nas Salas de Cinema e Lavrar Multas Pelo Descumprimento da Obrigação. Inconstitucionalidade Forma Por Vício de Iniciativa Reconhecida. Relator: Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 11/10/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-230 29-10-2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur393475/false>. Acesso em: 01 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Toffoli e Fux divulgam participantes das audiências públicas sobre o Marco Civil da Internet. **Site Institucional do STF**. Notícias STF: 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=438967#:~:text=O%20recurso%20discute%20a%20constitucionalidade,danos%20decorrentes%20de%20atos%20il%C3%ADcitos>. Acesso em: 16 mar. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Agravo em Recurso Especial nº 1177619 SP**. Ação de Indenização Por Danos Morais c.c. Obrigação de Fazer. Art. 535 do CPC/73. Violação. Não ocorrência. Prequestionamento. Ausência. Súmula nº 211/STJ. Fundamentos Suficientes. Impugnação Específica. Necessidade. Súmula 283/STF. Internet. Conteúdo Ofensivo. Remoção. Responsabilidade Civil do Provedor. Caracterização. Culpa. Revisão. Impossibilidade. Súmula nº 7/STJ. Ministro Ricardo Vilas Boas Cueva. Data de Julgamento: 29/10/2018, Data de Publicação: DJe 08/11/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860297438/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1177619-sp-2017-0244188-6/inteiro-teor-860297448?ref=serp>. Acesso em: 16 jun. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial nº 1186616 MG** Civil e Consumidor. Interent. Relação de Consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do Serviço. Indiferença. Provedor de Conteúdo. Fiscalização Prévia do Teor das Informações Postadas no Site Pelo Usuário. Desnecessidade. Mensagem de Conteúdo Ofensivo. Dano Moral. Risco Inerente ao Negócio. Inexistência. Ciência da Existência Descontido Ilícito. Retirada Imediata do Ar. Dever. Disponibilização de Meios para Identificação de Cada Usuário. Dever. Registro do Número de IP. Suficiência. Relator: Ministra Nancy Andrigh. Data de Julgamento: 23/08/2011, Data de Publicação: DJe 31/08/2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21078237/recurso-especial-resp-1186616-mg-2010-0051226-3-stj/inteiro-teor-21078238>. Acesso em: 10 mar. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial nº 1.316.921 – RJ**. Civil e Consumidor. Internet. Relação de Consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do Serviço. Indiferença. Provedor de Pesquisa. Filtragem prévia das buscas. Desnecessidade Restrição de resultados. Não Cabimento. Contúdo Público. Direito à informação. Relatora: Ministra Nancy Andrigh, Data de Publicação: 06/06/2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859?ref=juris-tabs>. Acesso em: 16 mai. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.444.008- RS**. Civil e Consumidor Internet. Relação de Consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do Serviço. Indiferença. Provedor de pesquisa voltada ao comércio eletrônico. Intermediação. Ausência. Fornecedor. não configurado. Relatora: Ministra Nancy Andrigh. Data da publicação: 09/11/16. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/403394736/andamento-do-processo-n-2014-0064646-0-recurso-especial-09-11-2016-do-stj>. Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial nº 1.606.781- RJ**. Embargos de Declaração no Recurso Especial. Concorrência Desleal. Desvio de Clientela. Caracterização. Julgamento *Extra Petita*. Não Ocorrência. Tutela Inibitória. Uso da Expressão “Urbano”. Vedação. Necessidade e Suficiência. Omissão, Contradição e Obscuridades Não Verificadas. Relator: Ministro Ricardo Vilas Bôas Cueva. Data do Julgamento: 13/12/2016; Publicação: 02/02/2017. Disponível em:

[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201501807865&dt\\_publicacao=02/02/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501807865&dt_publicacao=02/02/2017). Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial nº 1654221-SP**. Ação de Obrigação de Fazer. Internet. Retirada de Anúncio Online. Plataforma de Intermediação “Mercado Livre”. Necessidade de Identificação Clara e Precisa do Conteúdo Digital a Ser Removido. Ausência de Identificação Dos Localizadores URL. Demonstração de Ilegalidade do Conteúdo a Ser Removido. Ausência. Recurso Não Provido. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanserino. Data do Julgamento: 22/10/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859667258/recurso-especial-resp-1654221-sp-2017-0030658-8/inteiro-teor-859667268?ref=serp>. Acesso em: 16 jun. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial nº 1738628 - SE**. Ação de Obrigação de Fazer c.c. Pedido de Reparação por Danos Morais. Conteúdo Ofensivo na Internet. Responsabilidade Subjetiva do Provedor. Omissão do Acórdão Recorrido. Inexistência. Suficiente Identificação da URL do Conteúdo Ofensivo. Indenização por Danos Morais. Cabimento. Redução do Valor da Multa Pelo Descumprimento de Ordem Judicial. Possibilidade no Caso Concreto. Recurso Especial Parcialmente Provido. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Data de Julgamento: 19/02/2019. Data de Publicação: REPDJe 26/02/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/680305071/recurso-especial-resp-1738628-se-2017-0169459-3/relatorio-e-voto-680305189>. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial nº 1806632 - SP**. Marco Civil da Internet. Requisição Judicial de Registro. Páginas Patrocinadas. Buscador. Ordem Judicial. Entrega de Informação. Legalidade. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 25/08/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 221. **Site Institucional do STJ**. Pesquisa de Súmulas. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 07 set. 2020

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2.630, de 2020**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110634&ts=1609865789179&disposition=inline>: Acesso em 06 de jan. 2021

BRINGTON, Henry; SELINA, Howard. **Entendendo: Inteligência Artificial**. Tradução de Leila Kommers. São Paulo: LeYa, 2014

BUENO, Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. ed. ver. e atual. São Paulo: FTD, 2000

CABRAL, Filipi Fonteles. Diluição de Marca: Uma Teoria Defensiva ou Ofensiva? **Instituto Danneman Siemens**. 2002. Disponível em: <https://ids.org.br/diluicao-de-marca-uma-teoria-defensiva-ou-ofensiva/#:~:text=Dilui%C3%A7%C3%A3o%20de%20marca%20%C3%A9%20uma>,

pela%20ofensa%20%C3%A0%20sua%20reputa%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 16 mar. 2021

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Ana Cristina Azevedo P. **Marco Civil da Internet no Brasil: Análise da Lei 12.965/14 e do Direito de Informação**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. **A Responsabilidade Civil Pelo Conteúdo da Informação Transmitida Pela Internet**. Almedina: Coimbra, 2000.

CASTELLS, Manuel. La dimension cultural de la internet. **Universidade Alberta da Catalunya**, 2002. Disponível em: [https://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articles/castells0502/castells0502\\_imp.html](https://www.uoc.edu/culturaxxi/esp/articles/castells0502/castells0502_imp.html). Acesso em: 25 out. 2020

CASTELLS, Manuel. **A Galaxia da Internet: reflexões sobre a internet, negócios e sociedade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Revisão técnica de Paulo Vaz. Ed. Rev. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede. A Era da Informação: Economia Sociedade e Cultura**. Vol. 1. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 21. ed. rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2020

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2020.

CEROY, Frederico Meinberg. Os conceitos de provedor no marco civil da internet. **Site Migalhas Jurídicas**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211753,51045-Os+conceitos+de+provedores+no+Marco+Civil+da+Internet>. Acesso em: 04 dez. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, volume 3: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**, v.3. São Paulo: Atlas, 2015

COMUNICAÇÃO. In: MICHAELIS, **Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/comunica%C3%A7%C3%A3o/>. Acesso em: 07 mar 2020.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DANG, Sheila. **Google e Facebook têm dominado crescente mercado de anúncios online nos EUA, diz PwC** Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/reuters/2019/06/05/google-e-facebook-tem-dominado-crescente-mercado-de-anuncios-online-nos-eua-diz-pwc.htm?cmpid>. Acesso em: 05 dez. 2019.

DE LUCCA, Newton. Aspectos Atuais da Proteção aos Consumidores no âmbito dos Contratos Informáticos e Telemáticos. In DE LUCCA, Newton. **Direito & Internet Vol II- Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DE LUCCA. Marco Civil da Internet – Uma Visão Panorâmica dos Principais Aspectos Relativos às Suas Disposições Preliminares. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.) **Direito & Internet III – Tomo III: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1944

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Vol. 1. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

DIAS, Reinaldo. **Relações internacionais**: introdução ao estudo da sociedade internacional global. São Paulo: Atlas, 2010

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Júlia Costa. Violação às Marcas e a Prática de Concorrência Desleal na Internet. In SCHAAL, Flávia Mansur Murad (coord). **Propriedade Intelectual, Internet e o Marco Civil**. São Paulo: Edipro, 2016

EDITORA WALTER CERQUEIRA. **Google Ads Dominante**. E-book: Versão Kindle, 2019.

ESTADÃO CONTEÚDOS. **Acusadas de monopólio, Google e Facebook dominam 60% dos anúncios online**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/marketing/acusadas-de-monopolio-google-e-facebook-dominam-60-dos-anuncios-online/>. Acesso em: 05 dez. 2019

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2. Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Agravo de Instrumento nº 21383752020188260000 SP**. Agravo de instrumento. Tutela de urgência deferida. Postagem com conteúdo alegadamente ofensivo. Identificação do usuário pelas rés. Deliberação que, porém, deixou de vedar a imediata comunicação ao usuário. Risco de adulteração e prejuízo à prova da autoria do ilícito de que reclama a autora. De outro lado, todavia, preservação postulada que não se pode manter indefinidamente. Usuário a quem assiste o direito de saber da comunicação de dado pessoal pelos provedores. Lei do Marco Civil e de Proteção de Dados. Fixação de prazo após o qual o usuário poderá ser comunicado. Imposição de um necessário equilíbrio entre

o interesse da autora em preservar sua honra objetiva, assim a prova da autoria da ofensa alegada, e do usuário em saber da comunicação havida. Decisão em parte revista. Recurso parcialmente provido. Relator: Cláudio Godoy. Data do Julgamento: 18/02/2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/677485885/agravo-de-instrumento-ai-21383752020188260000-sp-2138375-2020188260000/inteiro-teor-677485905?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 mar. 2020

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (1. Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação nº 1006104-58.2018.8.26.0196**. Direito Marcário. Google Ads. Link patrocinado. Uso de marca de concorrente como palavra-chave. Prática ilegal. Violação de direitos sobre a marca e concorrência desleal. Jurisprudência uníssona das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJSP desde abril/2016. Ato ilícito caracterizado. Perdas e danos. Presunção. Decorrência lógica direta da violação. Indenização devida. Dano material a ser definido em liquidação de sentença (art. 509 do CPC). Jurisprudência consolidada do STJ. Dano moral bem arbitrado. Responsabilidade solidária da Google, como provedora de serviço de publicidade ('keywordadvertising') em plataforma de 'marketing' digital('searchenginemarketing'). Inaplicabilidade do art. 19 da Lei 12.965/14. Jurisprudência atual pacificadadas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do TJSP. Sentença mantida. Recursos não providos. Relator: Desembargador Gilson Delgado Miranda. Data do Julgamento: 30/01/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI005HTKA0000&processo.foro=990&processo.numero=10061045820188260196&gateway=true#>. Acesos em: 16 jun. 2021

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2. Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação nº 1048955-12.2018.8.26.0100**. Apelação. procedência, para determinar às rés que se abstenham do uso das marcas da autora como palavra chave de pesquisas de produtos do mesmo seguimento de mercado, determinando à ré Google que se abstenha de proceder a novas contratações de anúncios adwords, que utilizem as marcas da autora - Inconformismo dos réus Google e Mercadopago.com – Não acolhimento - A contratação do serviço Adwords vinculado a marca (nominativa) ou ao elemento nominativo de marca mista de outrem, pelos concorrentes, configura aproveitamento parasitário do poder atrativo da marca alheia quando há destaque do resultado da pesquisa e a alocação, em primeiro plano, dos anúncios contratados - Os réus atuam no mesmo segmento da autora e contrataram o serviço do apelante Google, para vincular seus sites aos resultados de buscas por elementos nominativos das marcas da autora - O desta quedado aos resultados patrocinados que se aproveitam dessa pesquisa, para divulgar produtos ou serviços no mesmo segmento, caracteriza uso parasitário da marca de outrem e configura ato de concorrência desleal (art. 195, III, da Lei9.279/96). Relator: Grava Brazil, Data do Julgamento 29/09/2020.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (1. Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação nº 1004439-39.2019.8.26.0562**. Ação cominatória e indenizatória Vocábulo “Grão de Gente” Marca mista de titularidade da autora Vinculação,por meio da ferramenta “Google AdWords”, a anúncios de concorrente

Uso indevido de expressão componente da marca Concorrência desleal caracterizada Usurpação da função publicitária da marca - Ato ilícito Dever de indenizar presente Danos materiais e morais ônus sucumbenciais invertidos Sentença reformada Recurso provido. Publicado: 22/10/2020. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FM000D4JL0000&processo.foro=562&processo.numero=1004439-39.2019.8.26.0562&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_e262d251090b4ea49768b7015a43b3cb](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=FM000D4JL0000&processo.foro=562&processo.numero=1004439-39.2019.8.26.0562&uuidCaptcha=sajcaptcha_e262d251090b4ea49768b7015a43b3cb). Acesso em: 16 jun. 2021

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (2. Câmara Reservada de Direito Empresarial). **Apelação nº 1033575-12.2019.8.26.0100**. Ação cominatória, pedido de abstenção do uso de Marca (“Pillowmed”), cumulado com indenização alegação de uso indevido de marca e prática de concorrência desleal, incorrência, “Link patrocinado” ferramenta Google Ads que se distingue da Google Shopping, publicidade comparativa; Relator: Sérgio Shimura. Data de julgamento: 01/12/2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Trade Mark Dilution Revision Act of 2006. **Site Govinfo.gov**. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-109publ312/pdf/PLAW-109publ312.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021

FARIA, José Eduardo. **O Estados e o Direito Depois da Crise**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

FLUMIGNAN, Silvano J. Gomes. O dever de guarda e registro de aplicações mediante notificação extrajudicial na Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia R. P. de. (coords.). **Direito & Internet III**. Marco Civil da Internet Lei nº 12.965/2014. Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREITAS, André. **Google Ads: Na Prática**. Edição do Kindle.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Volume 3**. Responsabilidade Civil. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 4**. Contratos, tomo I: Teoria Geral. 12. ed. ver. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016

GOEKING, Weruska. Vendas pela internet saltaram 209% no mundo todo durante pandemia. **Site Valor Investe**. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/gastar-bem/noticia/2020/05/23/vendas-pela-internet-saltaram-209percent-no-mundo-todo-durante-pandemia.ghtml>. Acesso em: 06 ago. 2020.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rev. Atual. e Ampl. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. Vol. 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOOGLE BRASIL. Google Ads nova campanha. **Site Oficial Google Ads**. Disponível em: [https://ads.google.com/aw/campaigns/new/express?campaignId=10820600090&ocid=541306696&cmpnInfo=%7B%22%22%3A%2286414ab1-f2bb-4496-8ba4-28c0ebcc2a3f%22%7D&subid=br-pt-ha-awa-bk-cor%21o3~Cj0KCQjwg8n5BRCdARIsALxKb96j1envY6GXpxse7aSWzdnhXlv2YnD5tf5gbhNqEiwuCumPvyDA-rlaAgf4EALw\\_wcB~8486530702&step=cget&euid=429928208&\\_\\_u=9008488592&uscid=541306696&\\_\\_c=5263664904&authuser=0&sourceid=emp](https://ads.google.com/aw/campaigns/new/express?campaignId=10820600090&ocid=541306696&cmpnInfo=%7B%22%22%3A%2286414ab1-f2bb-4496-8ba4-28c0ebcc2a3f%22%7D&subid=br-pt-ha-awa-bk-cor%21o3~Cj0KCQjwg8n5BRCdARIsALxKb96j1envY6GXpxse7aSWzdnhXlv2YnD5tf5gbhNqEiwuCumPvyDA-rlaAgf4EALw_wcB~8486530702&step=cget&euid=429928208&__u=9008488592&uscid=541306696&__c=5263664904&authuser=0&sourceid=emp). Acesso em: 12 ago. 2020

GOOGLE BRASIL. Sobre tipos de campanha do Google Ads. **Site oficial Google Ads** Disponível em: <https://support.google.com/google-ads/answer/2567043?hl=pt-BR&co=ADWORDS.IsAWNCustomer=false>. Acesso em: 12 ago. 2020.

GOOGLE BRASIL. Termos do Programa de Publicidade Google. **Site Oficial Google Ads**. Disponível em: <https://payments.google.com/u/0/paymentsinfinder?hostOrigin=aHR0cHM6Ly9wYXltZW50cy5nb29nbGUuY29tOjQ0Mjk.&sri=-21>. Acesso em: 10 mar. 2021

GOOGLE Ads. **Site oficial do Google Ads**. Disponível em: [https://adwords.google.com/intl/pt-BR\\_br/home/how-it-works/search-ads/?subid=ww-ww-et-g-aw-a-helpcenter\\_1!02#?modal\\_active=none](https://adwords.google.com/intl/pt-BR_br/home/how-it-works/search-ads/?subid=ww-ww-et-g-aw-a-helpcenter_1!02#?modal_active=none). Acesso em: 14 de outubro de 2019

GOYANES, Marcelo. **Tópicos em propriedade intelectual**. Marcas, direitos autorais, designs e pirataria. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HABERMAS, Jurgen. **A constelação pós nacional: ensaios políticos**; Tradução de Márcio Seligman Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: Uma breve história do amanhã.** Tradução Paulo Geiger. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: Transformação Digital. Desafios para o Direito.** Editora Forense: Rio de Janeiro, 2021.

JENKINS, Henry. **Cultura da Convergência.** Tradução de Susana L. de Alexandria, 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009

KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. **Marketing 4.0.** Do tradicional ao Digital. Rio de Janeiro: Sextante, 2017

LACERDA, Antônio Corrêa de. **Economia brasileira.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

LAGNEAU, Gérard. **A sociologia da Publicidade.** Tradução de Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, Ed. da Univerisade de São Paulo, 1981.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura.** Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LEMOS, Ronaldo. Uma breve história da criação do Marco Civil. in DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.) **Direito & Internet III – Tomo III: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviço de Internet.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

LEONARDI, Marcel. **Fundamentos de Direito Digital.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LEITÃO, Adelaide Menezes. **Estudo de Direito Privado Sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal.** Coimbra: Almedina, 2000

LESSING, Lawrence. **The Future os Ideas: the fate of the Commons in a concected world.** New York: Random House, 2001.

LESSING, Lawrence. **Code version 2.0.** Nova Iorque: Basic Books, 2006.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução de Carlos Irineu da Costa. 3. edição. São Paulo: Editora 34, 2010.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** Tradução de Paulo Neves. 2. edição. São Paulo: Editora 34, 2011.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco.** 2. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da

Internet (Lei n. 12.965/14). **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 110, p. 155-176, may 2016.** ISSN 2318-8235. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115489>. Acesso em: 18 dez. 2020

LÔBO, Paulo. **Direito civil, v. 2:** obrigações; inclui responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021

LOBO, Rafael Haddock. Da religiosidade à responsabilidade. **Revista Cult.** Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/da-religiosidade-a-responsabilidade/>. Acesso em: 22 fev. 2021.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Comércio Eletrônico.** tradução de Fabiano Menke; com notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LOTUFO, Renan. **Curso Avançado de Direito Civil.** 2. ed. ver. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LUNA, Francisco Vidal. **História econômica e social do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2016

MACHADO, Fernanda Gaiotto. **Marketing Jurídico e Google Ads para Advogados:** Estratégias para atrair clientes todos os dias. E-book: Versão Kindle.

MALANGA, Eugênio. **Publicidade:** Uma introdução. São Paulo: Atlas, 1976.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro:** empresa e atuação empresarial. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas 2020

MARCONI, Marina de Andrade; PRESSOTO, Zélia Maria Neves. **Antropologia uma introdução.** Atualização Roberto Jarry Richardson. 8. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019

MARÇULA, Marcelo. **Informática conceitos e aplicações.** São Paulo: Erica, 2019

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor:** um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 8. ed. Rio de Janeiro: Atlas 2019

MARTINEZ, Billy D. Aldea. **Google e Facebook respondem por 74% do crescimento de anúncios digitais em 2017.** Disponível em: <https://xn--monetizao-s2a7b.com/google-e-facebook-respondem-por-74-do-crescimento-de-an%C3%BAncios-digitais-em-2017-693427642515>. Acesso em: 16 mai. 2018

MARTINO, Luís Mauro Sá. **Teoria das Mídias Digitais:** Linguagem, ambiente e redes. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet**. Prefácio Gustavo Tepedino; apresentação Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos Eletrônicos de Consumo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016

MARTINS, Zeca. **Propaganda é isso aí!** um guia para novos anunciantes e futuros publicitários. São Paulo: Grupo Almedina, 2020

MATTELART, Armand. **História da Sociedade da Informação**. Tradução Nicolas Nyimi Campanário. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD Léon; TUNC, André; CAPITANT, Henri. **Tratado Teórico y Practico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual**. Tomo 1, Volume 1, Traducción de la quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MONTEIRO, Ricardo Vaz. **Google Adwords: A arte da guerra: A batalha dos links patrocinados na Google**. Rio de Janeiro: Brasport, 2006

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de; Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos da tutela da pessoa humana na LGPD. **Cadernos Adenauer, n° 3**. Proteção de Dados Pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, out/2019. Disponível em: <https://www.kas.de/pt/web/brasilien/einzeltitel/-/content/protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 21. jul. 2021

MOURA, Natalice. **Google Ads Para Iniciantes: Aprenda a trabalhar com o maior vendedor do mundo com anúncios**. E-book: Versão Kindle, 2021.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAESANI, Lilian Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEREIRA, Marco Antônio Marcondes. **Concorrência Desleal Por Meio da Publicidade**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

PEREIRA, Felipe. **Seu site no topo**: Guia prático de SEO para subir na pesquisa do Google e Atrair Milhares de Visitantes e Clientes. Editora Digaí, 2016. Edição do Kindle.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed., ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. rev. atual. e ampl.; São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva, 2018.

PORTAL G1. **União Europeia multa Google em 1,49 bilhão de euros por impedir anúncios de concorrentes**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/03/20/uniao-europeia-multa-google-em-149-bilhao-de-euros-por-antitruste.ghtml>. Acesso em: 05 dez. 2019

PORTAL G1. **UE anuncia multa recorde de 4,3 bilhões de euros ao Google por Android**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2018/07/18/ue-anuncia-multa-recorde-de-43-bilhoes-de-euros-ao-google-por-android.ghtml>. Acesso em: 05 dez. 2019

PRATES, Cristina Cantú. **Publicidade na Internet**: consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

QUEIROZ, João Quinelato de. **Responsabilidade Civil na Rede**: danos e liberdade à luz do Marco Civil da Internet. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

RAMOS FILHO, Demócrito Reinaldo. **Responsabilidade Por Publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 1º volume: 26. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2006

REPRESAS, Feliz A. Trigo; MESA, Marcelo J. Lopez. **Tratado de la responsabilidade Civil**. 1. ed. Buenos Aires: La Rey, 2004.

RIFKIN, Jeremy. **A Terceira Revolução Industrial**. Como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o Mundo. São Paulo: Mbook, 2012.

RNP. Rede Nacional de Ensino e Pesquisa. Nossa história. **Site Oficial da Rede Nacional de Ensino e Pesquisa**. Disponível em: <https://www.rnp.br/sobre/nossa-historia>. Acesso em: 04 out. 2020

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROTUNDO, Rafael Pinheiro. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet: À luz da lei 12.965/14.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SAMPAIO, Daniel. **Que são os links patrocinados?** Saiba como eles podem ser úteis para sua estratégia. Disponível em: <https://marketingdeconteudo.com/o-que-sao-links-patrocinados/>. Acesso em: 22 abr. 2018.

SANDEL, Michael J. **Justiça.** O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 31ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo perspectivas de regulação.** São Paulo: Saraiva, 2010

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral na Internet.** São Paulo: Método, 2001.

SANTIAGO, Juan; CANTE, Freddy. Intuicion, Sesgos y Heurísticas em la Eleccion. **Cuadernos de Economía. Vol.28** no.50 Bogotá Jan./June 2009. Disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-47722009000100001](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47722009000100001). Acesso em 22 dez. 2020

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Direito autoral.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

SARMENTO, Daniel. Comentários ao Art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

SAVATIER, René. **Du Droit Civil au Droit Public.** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1945.

SCHAAL, Flávia Mansur Murad. Princípios, Objetivos e Fundamentos do Direito e o Marco Civil da Internet no Brasil. In SCHAAAL, Flávia Mansur Murad (coord). **Propriedade Intelectual, Internet e o Marco Civil.** São Paulo: Edipro, 2016

SCHERKERKERWITZ, Iso Chaitz. **Direito e Internet.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. **Marcas:** Aquisição, Exercício e Extinção de Direitos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Direitos Humanos e Cidadania Digital. In DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.) **Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e a socialização do risco.** Belo Horizonte: Editora Bernardos Alvares S.A., 1962.

SILVEIRA, Newton. **Curso de Propriedade Industrial.** 2ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Direito de Marcas.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 1968.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Concorrência Desleal.** São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1990.

STEFANO, Rodotá. **A vida na sociedade da vigilância: A Privacidade Hoje.** Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

STEINMETZ, Wilson. Comentário ao Art. 5o, XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Doutrinária e Jurisprudencial.** 5. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

STUCKE, Maurice E. Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century. Loyola University **Chicago Law Journal**, Vol. 38, 2007. University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 12. Disponível em: <https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1176&context=luclj>. Acesso em: 22 dez. 2020

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor direito material e processual,** volume único. 9. ed. Rio de Janeiro Método 2020

TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2015

TEIXEIRA, Tarcisio. **Marco Civil da Internet.** Comentado. São Paulo: Almedina, 2016.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de Direito e Processo Eletrônico.** Doutrina Jurisprudência e Prática. 4ª ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito Empresarial Sistematizado: Doutrina, Jurisprudência e Prática.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva: Educação, 2019

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisele Sampaio da Cruz; **Fundamentos do Direito Civil, volume 4. Responsabilidade Civil**. In TEPEDINO, Gustavo (org.) Rio de Janeiro: Forense, 2020.

THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R.; BALZ, John P. Arqitetura de las Decisiones. **Advocatus (031)**. Facultad de Derecho da Universidad de Lima, 2015. p. 47-63. Disponível em: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4350/4276>. Acesso em 18 dez. 2020

THALER, Richard. H. **Misbehaving**. A construção da economia comportamental. Tradução de George Schlesinger. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019

THALER, Richard. H.; SUSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores escolhas sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução de: Ângelo Lessa. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

TOMACEVICIUS FILHO, Eduardo. O Marco Civil da Internet e as Liberdades de Mercado. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.) **Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)** São Paulo: Quartier Latin, 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2000/31/CE. **Relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno (Directiva sobre comércio eletrônico)**. Comunidade Europeia: 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT>. Acesso em 10 mar. 2021

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **ECLI:EU:C:2010:159**: Processos apensos C-236/08 a C-238/08. Grande Secção, composto por: V. Skouris, presidente, A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts e E. Levits, presidentes de secção, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, A. Borg Barthet, M. Ilešič (relator), J. Malenovský, U. Lõhmus, A. Ó Caoimh e J.-J. Kasel, juízes. Google France SARL, Google Inc. contra Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Viaticum SA, Luteciel SARL (C-237/08), e centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL (C-238/08), 23 de março de 2010. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83963&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=156159>. Acesso em: 08 jun. 2021.

UOL, Economia. Bombril lança esponja de aço com nome com conotação racista. **Site Economia.uol.com.br**. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/06/17/bombril-acusacao-racismo-produto.htm>. Acesso em: 08 jun. 2021

VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. **Marco Civil da Internet: Anotações à Lei nº 12.965/2014**. 2. ed. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liquidação do Dano**: aspectos substâncias e processuais. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

ZACHO, Ricardo. **Guia básico sobre links patrocinados**: Aprenda conceitos fundamentais sobre essa ação. Versão Kindle.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância**: A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução de George Schlesinger. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introducción al derecho comparado**. Trad. Arturo Apariceo Vázquez. Hamburgo: Oxford University Press (México), 2002, p. 660-667