

A RESPONSABILIDADE PENAL DOS PROVEDORES DE SERVIÇO NA INTERNET PELA DIVULGAÇÃO DE CONTEÚDOS ILÍCITOS: UMA REFLEXÃO INICIAL SOBRE O REGIME ESPANHOL E O BRASILEIRO

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN INTERNET POR LA DISTRIBUCIÓN DE CONENIDOS ILÍCITOS: UNA REFLEXIÓN INICIAL SOBRE EL RÉGIMEN ESPAÑOL Y EL BRASILEÑO

Alfonso Galán Muñoz¹

RESUMO

Este artigo tem como premissa que a utilização da internet quase sempre requer a contribuição de uma terceira pessoa: os denominados intermediários ou provedores de serviços, sendo precisamente essa particularidade da internet que deu ensejo ao presente estudo. Isso porque, ao serem os provedores de serviços de internet partícipes necessários de todas as divulgações de conteúdos efetuadas na rede, também o serão daquelas que possam chegar a possuir uma transcendência penal, daí a necessidade de definir-se, quando e sob quais condições se poderá lhes atribuir a responsabilidade por haver auxiliado na sua produção mediante a prestação de seus serviços. A resposta dessa questão não é apenas caracterizada por uma transcendência técnica indubitável, mas também porque se mostra essencial para fins de comprovar se um sistema de responsabilidade penal apresenta-se suficientemente equilibrado, de forma a conseguir proteger adequada e eficazmente os bens jurídicos que podem ser afetados pela publicação ou divulgação de certos conteúdos na internet, sem que nesse esforço sacrifique ou limite excessivamente valores tão fundamentais para qualquer sociedade democrática como o são as liberdades de expressão ou a de informação. Tendo como referência de partida o caso Compuserve, o artigo analisa o tratamento fornecido pela legislação espanhola a respeito do tema, bem como sugere algumas das dificuldades apresentadas pela recente publicação da lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, a qual buscou estabelecer os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Cibercrime. Compuserve. Responsabilidade Penal dos Provedores de Armazenamento. Lei n. 12.965, de 12 de Abril de 2014.

¹ Professor Titular de Derecho Penal da Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (Espanha). Tradução em português aos cuidados de Alexey Choi Caruncho, Doutorando em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide/Espanha, a partir da versão original: La responsabilidad penal de los proveedores de servicios en internet por la distribución de conenidos ilícitos: una reflexión inicial sobre el régimen español y el brasileño. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, v. 9, n. 8, p. 111-140, nov. 2014.

RESUMEN

El artículo asume como premisa que la utilización de la Internet casi siempre obliga a quien quiere utilizarla a contar con la contribución de unos terceros, los denominados intermediarios o proveedores de servicios, para poder hacerlo, siendo precisamente esta particularidad de Internet la que ha dado lugar al presente estudio. El caso es que al ser los proveedores de servicios de Internet, partícipes necesarios de todas las difusiones de contenidos realizadas en la red, también lo serán de aquellas que puedan llegar a tener trascendencia penal, con lo que habrá que concretar, cuándo y bajo qué condiciones se les podrá atribuir responsabilidad por haber ayudado producirlas mediante la prestación de sus servicios. La respuesta a esta cuestión no sólo tiene una trascendencia técnica indudable, sino que resulta esencial para comprobar si un sistema de responsabilidad penal es lo suficientemente equilibrado, como para conseguir proteger adecuada y eficazmente los bienes jurídicos que pueden ser afectados por la publicación o difusión de ciertos contenidos en Internet, sin sacrificar o limitar excesivamente en el empeño, valores fundamentales para toda sociedad democrática como podrían ser los de las libertades de expresión o la de información. A partir del caso *Compuserve*, el artículo analiza la legislación española sobre el tema, bien así plantea algunas de las dificultades presentadas por la reciente publicación de la Ley 12.965, de 23 de abril de 2014, que tuvo por objeto establecer los principios, garantías, derechos y obligaciones al uso de Internet en el sistema jurídico brasileño.

Palabras-clave: Cibercrimen. *Compuserve*. Responsabilidad Penal de los Proveedores de Almacenamiento. Lei 12.965/2014.

1 A DIVULGAÇÃO DE CONTEÚDOS NA INTERNET COMO CONDUTA LESIVA DE BENS JURÍDICOS

Existe uma grande quantidade e variedade de informações e conteúdos que podem se afigurar como lesivos aos bens jurídicos mais importantes de uma sociedade. Faz-se menção à existência de conteúdos penalmente *ilícitos* ou *nocivos*² para referir-se àqueles conteúdos ou informações, cuja publicação ou divulgação pode chegar a constituir um delito; todas essas formas de atuar, como não poderia deixar de ser, cada vez são cometidas de modo mais frequente com o uso da internet, já que esta se apresenta como um meio de comunicação rápido, barato e, supostamente, anônimo, fazendo com que essa rede de redes seja considerada uma via especialmente idônea para sua prática.³

² Como bem assinala López Ortega, os *conteúdos ilícitos* são aqueles que, ao representar por si mesmos um ataque aos bens jurídicos essenciais, são sempre considerados como conteúdos penalmente proibidos (por exemplo, a pornografia infantil), enquanto que os *conteúdos nocivos ou danosos* são aqueles que, ainda que possam vir a afetar aos bens jurídicos penalmente protegidos, necessitam de algo mais que a sua mera existência para fazê-lo, como ocorreria, por exemplo, com os conteúdos de pornografia de adultos, conteúdos estes que, ainda que não sejam penalmente ilícitos *per se*, podem chegar a converter-se num instrumento lesivo ou ofensivo para certos bens jurídicos, como se daria, por exemplo, se fossem utilizados para entregá-los a menores de idade afetando assim a sua dignidade sexual (LÓPEZ ORTEGA, Juan José. *Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet. Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, n. 10, p. 83-126, 2001). Nos mesmos termos, MORÓN LERMA, E. *Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*. Pamplona: Aranzadi, 2002. p. 126; um entendimento que contrasta com o mantido por CRUZ DE PABLO, J. A., que parece buscar diferenciar os conteúdos ilícitos dos nocivos, atendendo ao caráter global ou não da sua proibição penal, afirmando que só aqueles conteúdos que são geralmente proibidos por todas as sociedades independentemente das diferenças culturais existentes entre os distintos países podem ser considerados ilícitos, o que sem dúvida restringiria muito o âmbito de aplicação desse conceito, pois, praticamente, deixaria como único exemplo de conteúdo ilícito a pornografia infantil, já que esse conteúdo seria o único que conseguiria gerar um consenso praticamente unânime sobre o seu caráter ilícito. In: CRUZ DE PABLO, José Antonio. *Derecho penal y nuevas tecnologías: aspectos sustantivos. Adaptación a la reforma operada en el Código penal por la ley 15/2003 especial referencia al nuevo artículo 286 CP*. Madrid: Difusión Jurídica, 2006. p. 213 e ss. Também sustenta essa concepção que rechaçamos em relação à diferença entre conteúdos ilícitos e nocivos, MARÍN PEIDRO, L. quando afirma que conteúdos nocivos serão aqueles que não venham a gerar um consenso unânime sobre a sua ilegalidade, como ocorre, por exemplo, com aqueles que são lesivos para determinadas pessoas com base em seus valores éticos, mas não para toda a comunidade. MARÍN PEIDRO, Lucía. *Los contenidos ilícitos y nocivos en Internet*. Madrid: Fundación Retevisión, 2000. p. 26- 27.

³ López Ortega afirma nesse sentido que “[...] todos os delitos que podem ser cometidos através dos meios de comunicação podem ser cometidos pela internet”. Op. cit., p. 91; chegando RÖMER, N. a afirmar que os delitos de divulgação e publicação têm, precisamente, uma de suas formas típicas de aparição na delinquência de internet. In: RÖMER, Nicole. *Verbreitungs- und Ausserungsdelikte im Internet*. Frankfurt, Main: Lang, 2000. p. 78. Dentro desses delitos ocupam um papel central, na opinião de SIEBER, U., as condutas referidas à distribuição de pornografia infantil, mas não podem ser esquecidas outras como aquelas relativas à vulneração da concorrência, os delitos de expressão e os relativos à propriedade intelectual. In: SIEBER, Ulrich. *Verantwortlichkeit in Internet. Technische Kontrollmöglichkeiten und multimedienrechtliche Regelungen*. München: Beck, 1999. p. 2. Sobre o caso de atuações anônimas realizadas na rede e o sistema que prevê a Lei n. 25, de 18 de outubro de 2007, de conservação de dados relativos às comunicações, para evitar que o mesmo impeça a persecução de delitos cometidos na rede, confira-se GALÁN MUÑOZ, Afonso. *La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales*. *Revista Penal*, Barcelona, n. 24, p. 90-107, 2009.

Em princípio, apesar da modernidade e peculiaridades próprias que a internet apresenta, não parece que seu mero uso pode supor algum tipo de problema técnico para o Direito Penal no momento de imputar responsabilidade à pessoa (ou pessoas) que a utilize(m) para cometer alguns desses delitos, pois aquele que divulga um conteúdo penalmente ilícito na rede é tão responsável por essa divulgação quanto aquele que o faz utilizando-se de um meio de comunicação mais tradicional ou clássico.

No entanto, a utilização desse novo instrumento de comunicação ou divulgação quase sempre obriga a quem quer utilizá-lo a contar com a contribuição de uma terceira pessoa para poder fazê-lo – os denominados intermediários ou provedores de serviços (os *providers*) –, sendo precisamente essa particularidade da internet que deu ensejo ao presente estudo.

Isso porque, ao serem os provedores de serviços de internet partícipes necessários de todas as divulgações de conteúdos efetuadas na rede, também o serão daquelas que possam chegar a ter transcendência penal, daí a necessidade de definir-se, quando e sob quais condições se poderá atribuir a eles a responsabilidade por haver auxiliado na sua produção mediante a prestação de seus serviços.

A resposta dessa questão não apenas possui uma transcendência técnica invariável, senão se mostra essencial para fins de comprovar se um sistema de responsabilidade penal apresenta-se suficientemente equilibrado, de forma a conseguir proteger adequada e eficazmente os bens jurídicos que podem ser afetados pela publicação ou divulgação de certos conteúdos na internet, sem que nesse esforço sacrifique ou limite excessivamente os valores tão fundamentais para qualquer sociedade democrática como o são as liberdades de expressão ou a de informação.⁴ Essas liberdades sempre se encontram numa relação de tensão com aqueles outros interesses, como a honra, a liberdade e a proteção dos menores, que os delitos de divulgação, em regra, cuidam de proteger,⁵ o que pode implicar em situações bem mais controvertidas.

⁴ Como bem ressaltou ao seu tempo SIEBER, U., o sistema de responsabilidade penal do provedor da internet precisa buscar um equilíbrio que tenda a proteger dos possíveis abusos que se realizem por meio desse instrumento, sem que isso implique num prejuízo ao desenvolvimento dos aspectos positivos que também representam esse novo meio de comunicação. Op. cit., p. 2.

⁵ PICOTTI, Lorenzo. Aspectos supranacionales de la responsabilidad penal de los proveedores de acceso y de servicios en Internet. In: MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCIA, Oscar; FERNANDES PINOS, José Ernesto. **Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet**. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2002. p. 145. Existe uma versão anterior do mesmo trabalho em: PICOTTI, Lorenzo. Fundamento y límites de la responsabilidad penal de los proveedores de acceso y servicio en Internet. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Cizur Menor, Aranzadi, n. 3, p. 221-232, 2000.

Sobre a concreta repercussão que esse conflito deve ter sobre a configuração de delitos como as injúrias ou as calúnias, confira-se MUÑOZ LORENTE, José. Injurias, calumnias y libertades de expresión e información: Elementos de interacción. **La Ley Penal**: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, Madrid, n. 28, p. 5-22, 2006.

Ao seu tempo, por exemplo, foi o que restou evidenciado no célebre Caso *Compuserve*.

2 O CASO COMPUSERVE: UMA PRIMEIRA ADVERTÊNCIA A RESPEITO DE UM URGENTE PROBLEMA PENAL

O assim chamado Caso *Compuserve* veio à tona, em 1995, quando um usuário dos serviços da filial alemã dessa companhia multinacional, sediada em Ohio (Estados Unidos), noticiou ao Ministério Público bávaro que um dos grupos de notícias da referida empresa hospedava conteúdos de pornografia infantil, praticada com violência e com animais, os quais eram tidos como proibidos por diversas disposições do Código Penal alemão e da, então vigente, Lei sobre Divulgação de Escritos e Conteúdos Multimídia Perigosos para Juventude (GjS). Diante do noticiado, o Ministério Público bávaro notificou aos responsáveis da filial alemã da empresa *Compuserve*, comunicando-lhes que deveriam retirar tal conteúdo da rede ou, ao menos, bloquear seu acesso, sob pena de que lhes fosse imputada responsabilidade penal pela divulgação em questão.

Diante dessa notificação, os responsáveis pela companhia alemã contestaram afirmando que os conteúdos em questão, na verdade, não estavam armazenados em seus servidores de notícias, senão nos computadores da matriz americana da companhia, o que tecnicamente os impedia de retirar ou deletar o conteúdo a partir de um comando que tivesse origem na Alemanha.

Na verdade, a *Compuserve* Alemanha se limitava a prestar um serviço de acesso à internet, disponibilizando uma porta de entrada local (*local dial-up*) ao servidor norte-americano; servidor esse que realmente conectava o usuário alemão com a internet e que armazenava os conteúdos que o Ministério Público alemão exigia que fossem retirados ou bloqueados. A companhia alemã, portanto, só facilitava o acesso e a transferência aos referidos conteúdos, mas não os armazenava, de modo que não poderia deletá-los, uma circunstância que, inclusive, fez com que seus dirigentes cumprissem o exigido pelo Ministério Público por meio da criação de alguns filtros informáticos que passaram a impedir os usuários alemães de acessar aos conteúdos ilegais armazenados e distribuídos a partir de um servidor americano.

Num primeiro momento, portanto, aqueles servidores que continham os conteúdos pornográficos deixaram de estar acessíveis aos clientes da *Compuserve* Alemanha. No entanto, passado um certo período, eles voltaram a estar à disposição de seus usuários, situação que fez com que o Ministério Público imputasse a Felix Somm, na ocasião, administrador da filial alemã da *Compuserve*, e seu homólogo americano, como possíveis

responsáveis pela realização, entre outros, de vários delitos de divulgação de pornografia proibida praticados em comissão por omissão; um entendimento que, posteriormente, foi respaldado pelo Tribunal Provincial de Munique (AG) que, em sua já célebre Sentença de 28 de maio de 1998, condenou ambos dirigentes como coautores omissivos desses delitos, considerando que eles tinham uma efetiva posição penal de garante, a qual os obrigava a fazer tudo que estivesse ao seu alcance para evitar a divulgação desse tipo de conteúdo por meio de seus serviços.⁶

Muitas e várias foram as críticas que a citada sentença suscitou no seio da doutrina alemã. Alguns autores, por exemplo, questionaram a viabilidade da verificação de uma posição de garante do provedor com relação às divulgações de conteúdos que tivessem sido realizadas por seus clientes; uma posição sem a qual não seria possível lhes atribuir responsabilidade por não haverem deletado os conteúdos referidos.⁷

Também se criticou que a citada sentença afirmasse que, apesar do provedor alemão ter criado alguns filtros voltados a impedir o acesso a tais informações, isso não significava que tivesse dado cumprimento ao seu dever de atuar, pois, sendo a companhia provedora alemã uma filial da norte-americana, também ela devia responder pela omissão que os responsáveis desta realizaram ao não deletar do servidor os conteúdos requeridos, como

⁶ Grande parte do texto dessa Sentença, comentada posteriormente pelo professor SIEBER, U. está publicado em **AG München: "Compuserve"– Urteil. Multimedia und Recht**, München, Heft. 8, 1998. p. 429 e ss, ainda que ela tenha sido frequentemente citada e comentada pela doutrina alemã (cf. entre outros, o extenso comentário de HILGENDORF, Eric. Die neuen Medien und das Strafrecht. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, n. 112, Heft 11, p. 650-680, 2001, onde também comenta a posterior Sentença do Tribunal Superior da Baviera, de 17 de novembro de 1999, que revogou a inicial sentença condenatória do Sr. Somm), como também pela espanhola, onde essa Sentença é analisada, por exemplo, por MORALES GARCÍA, Oscar. Criterios de atribución de responsabilidad penal a los proveedores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información. In: MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCIA, Oscar; FERNANDES PINOS, José Ernesto. **Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet**. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2002. p. 175; CRUZ DE PABLO, J. A. Op. cit., p. 255 e ss.; MARÍN PEIDRO, L. Op. cit., p. 92; ANARTE BORRALO, Enrique. Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal de la sociedad de la información, **Derecho y Conocimiento**: anuario jurídico sobre la sociedad de la Información, Huelva, v. 1, p. 191-217, 2001, entre outros.

⁷ Nesse sentido, afirmava SIEBER, U. que a referida sentença não teria levado em conta as particularidades técnicas que existiam no efetivo serviço prestado pela *Compuserve* Alemanha; algumas particularidades que, ao seu juízo, deveriam ser consideradas no momento de valorar a possível presença de uma verdadeira posição de garante dentre aquelas contempladas no § 13 StGB, para quaisquer das atividades que viessem a realizar os distintos provedores de serviços de internet e que eram, precisamente, aquelas que provocariam a necessidade de negar uma posição de garante ao provedor de acesso a conteúdos alheios (*Access-provider*) e ao provedor da Rede (*Network-provider*), mas não em certos casos com relação ao provedor de armazenamento (*Host-provider*). In: **Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet**. Bonn: Bundesministerium der Justiz, 1999. p. 35.

poderiam e deveriam ter feito; uma afirmação que foi duramente criticada, por exemplo, por Hilgendorf, que a denominou de completamente equivocada por entender que, dada a escassa influência que a companhia alemã podia ter sobre sua matriz norte-americana, dificilmente se poderia atribuir responsabilidade ao seu representante como coautor de uma omissão que, no melhor dos casos, teria sido efetuada pelo responsável desta última entidade.⁸

Afirmou-se, inclusive, que a tentativa de bloquear o conteúdo ilícito efetuado pela filial alemã e ordenado pelo seu dirigente tinha sido erroneamente valorada pelo Tribunal, pois a sua realização seria uma clara demonstração da ausência do dolo de divulgar pornografia infantil na conduta do dirigente, o qual seria exigido pelo tipo delitivo que, ao final, restou imputado em comissão por omissão;⁹ ou que o Tribunal tinha interpretado e aplicado incorretamente ao acaso a já vigente lei alemã de serviços telemáticos de 1997 que estabelecia com respeito ao Tribunal.¹⁰

De qualquer forma, o ocorrido pôs em evidencia a magnitude do problema ao qual se enfrentava o Direito Penal e também evidenciou que sua solução não podia ser deixada aos cuidados de uma autorregulamentação que viesse a ser criada pelos próprios usuários e intermediários da rede, nem por meio das controvertidas e, por vezes, contraditórias decisões que os tribunais viessem a emitir com relação aos casos pontuais que lhes fossem chegando. Isso fez com que, paulatinamente, fossem sendo criadas diversas normativas, estatais e supranacionais, que buscaram sedimentar e delimitar quando e com base em quais condições se poderia chegar a atribuir responsabilidade jurídica aos provedores por conteúdos alheios que auxiliassem a divulgar; normativas que, por força da transcendência econômica desse tipo de atividades e o marcado caráter transnacional da rede na qual elas se realizam¹¹, fizeram com que a União Europeia (EU) tivesse que adotar uma postura única com relação à questão.

⁸ HILGENDORF, E., Op. cit., p. 658.

⁹ HILGENDORF, E., Op. cit., p. 658.

¹⁰ Nesse sentido, assinala SIEBER, U., (a nosso juízo) de forma correta que o Juízo de Munique errou ao aplicar retroativamente à companhia alemã o regime de responsabilidade do § 5. (2) TDG e não o estabelecido pelo § 5. (3), pois essa companhia só fornecia o acesso ao uso dos conteúdos proibidos e não o uso propriamente. In: **AG München: "Compuserve"- Urteil**..., p. 439 e ss.

¹¹ O caráter transnacional que geralmente se prega à criminalidade informática fica ainda mais patente nesse âmbito, pois se algo caracteriza a internet é ser um sistema de comunicação supranacional, onde as fronteiras espaciais tradicionais desaparecem. A necessidade, portanto, de uma regulamentação penal internacional que supere os estritos limites da soberania estatal parece uma necessidade inevitável. Assim o compreendem, HILGENDORF, E., Op. cit., p. 651 e 652; MORALES PRATS, Fermín. El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet. In: MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCÍA, Oscar (Coord.). **Contenidos ilícitos y responsabilidad del proveedor de servicios en Internet**. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 118. ANARTE BORRALLA, E., Op. cit., p. 207 e ss.

Assim foi feito pela UE por meio da aprovação da Diretiva 2000/31/CE, de 8 de Junho de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos dos Serviços da Sociedade da Informação, em particular, o Comércio Eletrônico no Mercado Interior,¹² cujos arts. 12 e seguintes contêm uma regulamentação do regime de responsabilidade dos provedores de serviços de internet; uma Diretiva que, posteriormente, foi recepcionada pelo ordenamento jurídico espanhol por meio da aprovação da Lei n. 34, de 11 de julho 2002, isto é, Lei de Serviços da Sociedade da Informação e do Comércio Eletrônico (LSSI)¹³, a qual dedica seus arts. 13 a 17, precisamente, a estabelecer o regime de responsabilidade jurídica dos denominados prestadores de serviços da sociedade de informação, e que tem alguns efeitos sobre o sistema de responsabilidades penais desses profissionais que ainda não parecem estar inteiramente claros.

Seria impossível dedicar em um trabalho dessas características uma mínima atenção, assim como já o fizemos em trabalho anterior,¹⁴ a todas as particularidades e problemas que sugere essa complexa regulamentação legal, a qual estabelece um regime distinto para os diferentes tipos de provedores que intervêm na internet dependente de que tipo de serviços prestem (acesso, transmissão, *caching* etc.) e é justamente por isso que decidimos centrar nossa análise no estudo do regime que se estabelece com relação ao que, possivelmente, seja o intermediário mais representativo e conhecido daqueles que intervêm na divulgação de conteúdos alheios na rede, o provedor de serviços de armazenamento.

3 A CONCRETA REGULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE ARMAZENAMENTO COMO EXEMPLO PARADIGMÁTICO DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DOS PROVEDORES

Navegar pela internet é uma atividade que se tornou enormemente facilitada a partir da implantação universal do protocolo *TCP/IP* e da criação do protocolo de hipertexto

¹² DIÁRIO Oficial das Comunidades Europeias de 17, de julho de 2000. Disponível em: <<http://www.setsi.mcyt.es/legisla/comunita/L178.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2005.

¹³ Assim o estabelece de forma expressa a citada Lei 34/2002 na sua exposição de motivos, que já em seu início prevê que “A presente lei tem por objetivo a incorporação ao ordenamento jurídico espanhol da diretiva 2000/21/CE, do Parlamento europeu e do Conselho, de 8 de junho, relativa a determinados aspectos jurídicos dos serviços da sociedade da informação, em particular o comércio eletrônico no mercado interior (Diretiva sobre o comercio electrónico). [...]” BOE n. 166, de 12 de julho de 2002.

¹⁴ Para uma análise mais aprofundada e ampla do complexo sistema articulado pela LSSI espanhola e a respercussão que ela deve ter no sistema de responsabilidade penal espanhol, confira o trabalho monográfico GALÁN MUÑOZ, Afonso. **Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en internet**: un estudio sobre la incidencia penal de la ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y el comercio electrónico. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

(*Hipertextual Transfer protocol*); ambos protocolos que, somados ao surgimento de diversos sistemas de programação, facilitaram ao usuário comum da rede a sua utilização, bem como fizeram com que praticamente todos os internautas, nos dias de hoje, estivessem na posição, não apenas de poder acessar, mas também de poder criar e publicar documentos multimídia facilmente acessíveis por outros usuários da rede.

De qualquer forma, uma vez criada uma *web* ou qualquer outro tipo de documento ou informação, esta somente poderá ser localizável e estará acessível em caráter permanente outros cibernautas da internet, na medida em que venha a estar vinculada a um endereço que a identificará dentro dos inúmeros e variados conteúdos que podem ser encontrados na rede.

É necessário, portanto, dispor de um endereço ou domínio permanente que, além de indicar o protocolo pelo qual se transmitirá a informação ou o conteúdo em questão, o identificará de forma precisa e constante, possibilitando identificar em qual computador da rede o conteúdo se encontra armazenado; exigências estas que obrigam que esse computador esteja em constante funcionamento e em contínua conexão para garantir que a informação nele armazenada esteja acessível de forma permanente aos usuários da rede.

Não é infrequente, assim, que o criador do conteúdo difundido na rede e aquele que o torna acessível ao tê-lo armazenado no seu computador, não sejam a mesma pessoa.¹⁵ De fato, o provedor de armazenamento é um dos intermediários mais habituais da rede, daí porque não é de surpreender ver que a LSSI dedique um de seus artigos centrais – o art. 16 – para estabelecer que esses sujeitos não serão objeto de nenhum tipo de responsabilidade jurídica (nem civil, administrativa, penal ou de qualquer outra natureza) “pelos conteúdos alheios (não pelos seus próprios)” que armazenem em seus servidores,¹⁶ “desde que não tenham conhecimento efetivo” de que eles eram ilícitos ou lesionavam interesses ou direitos de um terceiro suscetível de indenização, ou “se, embora tivessem conhecimento destes conteúdos”, tenham procedido com diligência para retirá-los ou bloqueá-los (art. 16.1); uma cláusula de isenção geral de responsabilidade que, no entanto, não terá incidência naqueles casos nos quais se constate que o usuário,

¹⁵ Sobre o efetivo funcionamento, por exemplo, do sistema do *world wide web* (www), confira-se com maior extensão o comentado por MORALES GARCÍA, O., Op. cit., p. 182 e ss.

¹⁶ Confira-se, nesse sentido, como o art. 16.1 LSSI prevê que os provedores cujos serviços consistam “[...] em albergar dados proporcionados pelo destinatário deste serviço não serão responsáveis pela informação armazenada a pedido do destinatário”; expressão que volta a demonstrar como a LSSI só limita a responsabilidade dos provedores pelos serviços que prestem com relação aos conteúdos alheios e fornecidos por um terceiro, não afetando de modo algum a eventual responsabilidade que se pudesse atribuir a eles pelos conteúdos que lhes fossem próprios ou pelos serviços que prestam com relação aos mesmos.

ou beneficiário de seus respectivos serviços, tenha atuado “sob a direção, autoridade ou controle de seu prestador” (art. 16.2 LSSI).

Nos encontramos, assim, diante de uma dupla possibilidade de atribuir responsabilidades jurídicas a esses provedores pela prestação de seus serviços. Vamos analisá-las na sequência, de forma individualizada.

3.1 A EXISTÊNCIA DE UMA RELAÇÃO DE DIREÇÃO, AUTORIDADE OU CONTROLE DOS PROVEDORES DE ARMAZENAMENTO SOBRE A ATIVIDADE REALIZADA PELO USUÁRIO

Como acabamos de ver, o art. 16.2 da LSSI espanhola estabelece que os provedores de serviços de armazenamento não gozarão da exceção de responsabilidade que prevê o primeiro parágrafo do referido artigo, quando o destinatário do serviço ou o provedor do conteúdo em questão “[...] atue sob a direção, autoridade ou controle do seu prestador”;¹⁷ segundo essa limitação, sempre que se constate a presença de quaisquer das relações referidas, esses intermediários da rede estarão submetidos ao regime geral de responsabilidade jurídica previsto por cada um dos ramos do ordenamento jurídico que incida ao caso (civil, penal etc.).

Em um primeiro momento, alguns autores entenderam que essa limitação acabava evitando que os provedores atingidos por essa regra pudessem abusar da relação hierárquica que tivessem sobre terceiros, para fazer com que estes procedessem materialmente a publicar as informações ilícitas que lhes fossem ordenadas, figurando assim como *meros provedores* de serviços e intermediários da divulgação de uma informação que lhes seria alheia, não como os responsáveis pela divulgação – o que de fato eram –, e o que poderia lhes permitir manterem-se isentos de qualquer responsabilidade por sua atuação.¹⁸

No entanto, e conforme compreendido por outros autores, a limitação do âmbito do permitido que se derivava do preceito em questão iria muito além da situação referida. É que, conforme seu entender, o art. 16.2 LSSI iria permitir que se pudesse imputar responsabilidade jurídica pela divulgação dos conteúdos alheios a todos aqueles provedores

¹⁷ Esse preceito equivale ao previsto no art. 14.2 DCE e os § 11, parágrafo 2 TDG e § 10 parágrafo 2 TMG, com relação aos provedores de armazenamento, os quais, no entanto, só se referem a uma atuação sob a autoridade ou sob o controle do provedor, não se referindo à uma atuação sob sua direção, como ocorre no texto espanhol.

¹⁸ VASILAKI, Irini. Strafrechtliche Haftung nach §§ 8 ff TDG. **Multimedia und Recht**. München, n. 10, p. 661, 2002.)

de armazenamento que viessem a ajudar a divulgá-los gozando de capacidade de decisão e de controle sobre o divulgado a partir do seu servidor, já que dita capacidade iria permitir que se pudesse entender que a informação que ajudaram a divulgar com seus serviços já não lhes seria completamente alheia.¹⁹

Assim, por exemplo, tem sido afirmado que nos encontramos diante de uma hipótese de provedor não privilegiado, quando este, além de prestar os serviços de armazenamento que lhes são próprios, também atue como verdadeiro editor do conteúdo alheio que armazena, pois, ao ter supervisionada ou controlada a atividade do criador da informação divulgada, esta já não lhe seria completamente alheia, senão deveria ser considerada, ao menos num sentido amplo, como procedente da sua esfera de organização.²⁰

Apesar da aparente clareza desse exemplo, não se mostra, de qualquer forma, nada fácil precisar e determinar em quais casos um provedor de armazenamento ostentará aquele grau de direção, de autoridade ou de controle sobre a atuação dos usuários ou beneficiários dos seus serviços dos quais trata a LSSI.

Poderá entender-se que quando o provedor de um servidor, de um grupo de notícias (*Newsgroups*) ou de um fórum de discussões se limitar a moderá-lo, gozará de uma relação de controle com relação às atuações que seus usuários venham a realizar nesse espaço, de modo a automaticamente determinar que não se encontrará amparado pela exceção geral de responsabilidade que inicialmente lhe concede a LSSI como provedor de armazenamento? Será o caso de apreciar a existência de uma das referidas relações de controle, entre distintas empresas provedoras de serviços de internet que venham a integrar um tipo de consórcio ou grupo de empresas no qual exista uma subordinação de algumas em relação a outras? Poderia considerar-se, portanto, que nesses casos, a empresa dominante do referido consórcio ou união de empresas tem autoridade com relação àquela dominada e que, por isso, seus responsáveis sempre poderão responder juridicamente pelos conteúdos alheios que a filial venha a ajudar a difundir ou por aqueles que divulgue como próprios? Ainda terá que figurar igualmente à margem da exceção geral de responsabilidade contemplada na LSSI o responsável daquela empresa ou ente público (v.g. um estabelecimento público de ensino) que preste um dos serviços comentados aos

¹⁹ SPINDLER, G. "Verantwortlichkeit von Dienstbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Rechtlinie. **Multimedia und Recht**. München, n. 4, p. 203, 1999. p. 203. p. 199-206.

²⁰ *Ibidem*.

seus empregados²¹ (v.g. um professor) ou a outros sujeitos que se encontrem, ainda que de modo geral, fora do seu controle ou autoridade²² (v.g. os alunos)?

Para responder a essas questões deve-se ter em conta, a nosso modo de ver, que o próprio teor literal do art. 16.2 LSSI assinala que se exclui da exceção geral de responsabilidade contida no primeiro parágrafo desse preceito, aquelas hipóteses nas quais o destinatário do serviço, isto é, o usuário transmissor da informação em questão tenha realizado sua atuação “sob a direção, a autoridade ou o controle do prestador”; uma expressão legislativa da qual se deduz que a relação que deverá existir entre o provedor e o usuário (para que o primeiro possa receber algum tipo de responsabilidade jurídica pelos seus serviços) deve ser *prévia ou ao menos concorrente* à conduta deste último. Ou seja, deve existir uma relação que concorra ao momento da criação do conteúdo ou, ao menos, ao do seu armazenamento ou divulgação, de modo que nenhuma relação posterior poderá dar ensejo à exclusão da exceção geral de responsabilidade inicialmente outorgada a esses provedores.

Apesar da importância dessa primeira delimitação, a referida previsão legislativa ainda permite deduzir outra das características básicas que deverão de estar presentes em toda relação determinante da exclusão dos serviços desses provedores do âmbito do geralmente permitido, pois ao afirmar que a atuação do provedor deve fazer-se “sob uma relação de direção, autorização ou controle entre provedor e usuário” (art. 16.2 LSSI), não apenas se está exigindo que uma tal relação deva preceder ou concorrer com a atuação do usuário, mas também se está requerendo que seja uma relação *diretamente* referida à conduta divulgadora do conteúdo realizada por parte deste último sujeito.

Duas são, portanto, as características que deverão de concorrer na relação de autoridade, controle ou direção do provedor com o usuário para que a prestação dos serviços

²¹ Nesse sentido, STADLER, T. afirma que a existência da relação de autoridade que se dá entre o empregador e o empregado que materialmente houvesse divulgado o conteúdo ilícito, utilizando o serviço que o primeiro lhe havia entregue como uma ferramenta de trabalho, permitiria considerar esse provedor empregador como responsável do divulgado pelo seu empregado (**Haftung für Informationen im Internet**. 2. Aufl.. Berlin: E. Schmidt., 2005. p. 148). Na mesma linha, VASILAKI, I. afirma que essa norma considera que a responsabilidade que esses provedores têm em relação aos conteúdos dos seus subordinados lhes exclui do regime excepcional do primeiro parágrafo, pois ao final esses sujeitos têm a decisão, como superiores, sobre a informação que se poderia e deveria armazenar. Op. cit., p. 661.

²² Todos esses casos são sugeridos com relação à normativa alemã, cf. STADLER, T. Op. cit., p. 149 e ss. SPINDLER, G., por sua vez, em relação à diretiva europeia, indagou-se a respeito da problemática referida aos consórcios de empresas, observando, sobretudo, a definição de controle prevista na diretiva de consórcios de finanças e a normativa nacional alemã nesta matéria. Op. cit., p. 203, um tema que foi desenvolvido com maior extensão e observando a normativa nacional alemã sobre consórcios ECK, S. *Das Hosting einer rechtsverletzenden Information für ein abhängiges Konzernunternehmen*. **Multimedia und Recht**, München, v. 8, n. 1, p. 7-11, 2005.

realizada pelo primeiro deixe de poder considerar-se como geral e completamente permitida. Essa relação terá que *preceder ou concorrer no tempo* com a conduta divulgadora realizada pelo usuário e, além disso, haverá de estar *diretamente vinculada* com referida atividade.

Não bastará, assim, a existência de uma prévia relação de autoridade ou direção geral entre provedor e usuário (v.g. aquela relação que se estabelece entre aluno ou trabalhador de um estabelecimento de ensino e as responsabilidades deles), ou com uma simples subordinação hierárquico-organizativa entre ambos²³ (v.g. responsável da empresa filial e responsável da empresa matriz). Para que as prestações de serviços desses intermediários da rede deixassem de estar dentro do âmbito daquilo que geralmente é permitido para sua atividade, os provedores de armazenamento deveriam ter atuado como tais e como verdadeiros diretores ou editores da informação ou do meio utilizado pelo usuário para divulgá-la.²⁴

Assim ocorrerá, por exemplo, com aquele provedor de um serviço de grupo de notícias ou de um fórum de discussões moderado que se reservasse à capacidade de controlar e de decidir quais conteúdos poderiam ser publicados pelos usuários do seu serviço; capacidade que lhe permitirá controlar a atuação difusora dos usuários de seus serviços antes de que chegasse a produzir-se, tal como exige o art. 16.2 LSSI, e que, precisamente por isso, impedirá que se possa aplicar a este provedor a exceção geral de responsabilidade prevista no primeiro parágrafo do referido artigo para os provedores de armazenamento.²⁵

²³ Assim ressalta Eck que não se pode estimar a autoridade da empresa matriz sobre a filial excludente do regime privilegiado desses provedores no mero fato da matriz participar dos benefícios da filial, já que poderão ocorrer casos nos quais o provedor participará desses benefícios sem ter autoridade alguma sobre o usuário. Op. cit., p. 8; enquanto que Spindler ressalta que para que exista um verdadeiro controle por parte desses provedores é necessário que exista uma dependência econômica por parte da filial, como parecia exigir a Diretiva sobre consórcios financeiros, mas também que exista uma capacidade de influir ou governar a direção da empresa filial, exigência esta que poderia ser derivada do disposto na normativa nacional. Op. cit., p. 149 e ss.

²⁴ Rechaçamos, portanto, o entendimento sustentado por Sánchez Almeida e Maestre Rodríguez, segundo o qual a presença de uma relação laboral de qualquer tipo entre o provedor de serviço e aquele que fornece os conteúdos viria a fundamentar a atribuição de responsabilidade ao primeiro, por não haver supervisionado a atuação daquele que era seu empregado. In: **La ley de Internet: régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico**. Barcelona: Servidoc, 2002. p. 78.

²⁵ Nesse sentido, Morón Lerma também admite a exclusão dos provedores de serviços moderados do regime privilegiado geral da LSSI, Op. cit., p. 140. No entanto, não coadunamos com o entendimento sustentado por Stadler, quem assinala que não se poderia excluir este tipo de provedores do regime privilegiado de responsabilidade da TDC, já que os usuários de seus serviços publicam geralmente seus conteúdos sem sua supervisão prévia. Op. cit., p. 149, um entendimento que olvida que também existem serviços moderados de notícias nos quais a moderação se produz com anterioridade à publicação do conteúdo.

Deve compreender-se, portanto, como fazem Rodríguez Sau e Rubio Velázquez, que, tendo em vista que a exceção de responsabilidade jurídica dos provedores referidos, contida na LSSI, se fundamenta, entre outras coisas, em que esses provedores não têm por que controlar na sua origem a informação alheia que ajudam a divulgar, tal exceção desaparecerá no exato instante em que esses sujeitos disponham voluntariamente do referido controle, isto é, no exato instante que reservem a possibilidade de controle e decisão sobre a atividade de divulgação que o beneficiário dos seus serviços pretendia levar adiante através dos mesmos²⁶.

3.2 A OBTENÇÃO PELOS PROVEDORES DE ARMAZENAMENTO DO “CONHECIMENTO EFETIVO” DA ILEGALIDADE DO CONTEÚDO DIVULGADO PELO USUÁRIO DE SEUS SERVIÇOS

Conforme já adiantado, os provedores de armazenamento que não apresentarem alguma das relações antes referidas com os usuários de seus serviços estarão completamente isentos de qualquer responsabilidade pela prestação deles, conforme disposto no art. 16.1 “a”, enquanto “não tiverem conhecimento efetivo de que a atividade ou a informação armazenada é ilícita ou de que ela lesione bens ou direitos de um terceiro suscetíveis de indenização”; um conhecimento que, de toda forma, nem sempre determinará que os provedores que o possuam deixem de estar automaticamente amparados pela referida exceção de responsabilidade, já que esses sujeitos poderiam continuar beneficiando-se de tal exceção, se, uma vez adquirido, tenham atuado “com diligência para retirar os dados ou tornar impossível o seu acesso”.

Um importante setor da doutrina espanhola e alemã tem compreendido que o requisito do *conhecimento efetivo* a que faz referência a letra “a” do art. 16.1 da LSSI e seu equivalente da TDG estabelece uma limitação de natureza eminentemente subjetiva à exceção geral de responsabilidade de seus respectivos provedores.

Conforme o entender desses autores, quando essas prescrições normativas condicionam a exceção geral de responsabilidade prevista para os intermediários da rede aos casos em que eles tenham atuado sem conhecer a ilegalidade da informação alheia que ajudaram a transmitir, tais prescrições estão restringindo a possibilidade de lhes imputar responsabilidade àquelas hipóteses em que tenham prestado seus serviços com dolo direto

²⁶ RODRÍGUEZ SAU, Carlos; RUBIO VELÁZQUEZ, Raúl. **Todo sobre la LSSI y de comercio electrónico**. Barcelona: Experiencia, 2002. p. 71.

em relação à atuação ilícita realizada pelo usuário ou beneficiário dos seus serviços, pois a exigência do conhecimento efetivo da ilicitude da conduta do usuário no provedor exclui qualquer possibilidade de que possa atuar de forma não permitida se só atuou com dolo eventual²⁷ ou, inclusive, em cegueira voluntária (*willfull blindness*)²⁸ a respeito dessa atuação.

Outro autores, no entanto, consideram que o disposto pelo art. 16.1 LSSI não afeta nem pode afetar o dolo típico do injusto que se poderia imputar aos provedores pela sua atuação.

Ao seu juízo, a falta de identidade entre o dolo típico e o conhecimento efetivo a que faz referência a LSSI é tal que resulta perfeitamente possível que se deem casos nos quais, concorrendo esse conhecimento na atividade do provedor, não atue ele, no entanto, com “[...] o dolo exigido pelo Direito penal para afirmar a existência da tipicidade subjetiva”,²⁹ pois o mero conhecimento da existência do conteúdo ilícito alheio não supõe nem tem porque supor que quem o ostente tenha necessariamente que albergar em seu dolo os demais elementos da estrutura típica que lhe seria imputada.³⁰

Ademais, a juízo desses autores, o conhecimento ao qual se refere a LSSI é, por expressa prescrição do art. 16.1 LSSI, um conhecimento referido não à existência do

²⁷ Assim o afirma, na nossa doutrina, MATA Y MARTÍN, Ricardo. Criminalidad informática: Una introducción al cibercrimen”. In: MATA Y MARTÍN, Ricardo. **Temas de direito da informática e da internet**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 230.

²⁸ Assim o assinala Sieber que *poder conhecer* ou, inclusive, *dever conhecer* não são condutas equiparáveis à conduta de efetivamente *fazê-lo*, o que, ao seu juízo, determinava que essa prescrição legal não só excluiria a possibilidade de imputar qualquer tipo de responsabilidade aos provedores que viesse a estar fundamentada no seu dolo eventual ou no mero rechaço voluntário do conhecimento, o que se denomina “cegueira voluntária”, pois o conhecimento não pode ser substituído pelo rechaço do conhecimento sem infringir o princípio da legalidade penal (SIEBER, U. **Verantwortlichkeit...**, p. 166 e 174 e ss.). Em termos similares, BLEISTEINER, Stephan. **Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet**. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymans, 1999. p. 179. Spindler, por sua vez, compreende que se a LSSI como uma norma integrada na tipicidade, a exigência do conhecimento efetivo contida na mesma eximirá de responsabilidade aquele provedor que evite voluntariamente a possibilidade de conhecer, um caso claro de “cegueira voluntária” que, no seu modo de ver, deveria ser castigado; isso o leva a propor que esse conhecimento não afete a tipicidade, mas a culpabilidade, pois ao estar referido à ilicitude do conteúdo, deveria considerar-se que qualquer erro referido a esse caráter seria um erro de proibição e não um erro de tipo, fato que abriria as portas ao castigo das cegueiras voluntárias. Op. cit., p. 202 e ss.

²⁹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de Internet: especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces**. Navarra: Aranzadi, 2006. p. 128.

³⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Op. cit., p. 128, ressaltou anteriormente que, quando o parágrafo segundo do art. 16.1 LSSI delimita o que deve ser entendido como conhecimento efetivo para efeitos do primeiro, exigindo o conhecimento do provedor da declaração de ilicitude previamente emitida pelo órgão competente, estabelecia-se uma espécie de presunção de existência de dolo na sua atuação, o que evidentemente não poderia ter efeito algum para o Direito penal. Op. cit., nota 191, p. 125.

conteúdo alheio em si, ou a sua própria ilegalidade, mas à existência de uma declaração de ilicitude ou de uma ordem de retirada, emitida pelo órgão judicial ou administrativo competente para tal,³¹ circunstância que faz com que seja perfeitamente possível que o provedor que chegue a conhecer essa declaração ou ordem e, em consequência, possa já ser considerado responsável conforme ao estabelecido na LSSI, atue, no entanto, sem o dolo que o Direito Penal exige para apreciar a tipicidade subjetiva de sua atuação, como ocorreria, por exemplo, quando exista dúvida, inclusive por erro, a respeito da valoração contida nelas.³²

De outro lado, mas ainda na mesma linha, é evidente que se se entendesse que o que essa prescrição teria pretendido foi limitar a responsabilidade dos provedores aos casos nos quais tivessem eles atuado com dolo direito com relação à ilicitude do conteúdo, a prescrição contida no parágrafo segundo do art. 16 LSSI se mostraria praticamente inútil e redundante, pois é indiscutível que se um provedor tiver exercido sobre o conteúdo alheio que ajudou a divulgar o controle que exige este último preceito para poder atribuir-lhe responsabilidade, ao fazê-lo, geralmente adquiriu também aquele conhecimento efetivo da sua ilegalidade que, conforme a postura agora criticada, permitiria visualizar o dolo que já o tornaria juridicamente responsável de sua divulgação, conforme ao estabelecido no artigo 16.1 LSSI.

Todos esses problemas levaram alguns desses autores a entender que a exigência legislativa do “conhecimento efetivo” não delimita, nem pode delimitar o dolo típico dos delitos que se poderiam imputar ao provedor pela sua atuação.

De fato, na sua opinião, a verdadeira finalidade da exigência legislativa do conhecimento efetivo não teria sido outra que a de precisar os casos nos quais se poderá identificar aquela posição formal de garante do provedor que permitiria lhe imputar responsabilidade em comissão por omissão, nos casos em que não retirassem ou bloqueassem o conteúdo que armazenam em seu servidor, ainda que lhe fosse possível tal comportamento; posição que, a seu modo de ver, só aparecerá por expressa prescrição do art. 16.1 LSSI quando esses provedores possuírem o conhecimento efetivo da antijuridicidade ou ilicitude da informação alheia que armazenam e que, conseqüentemente, não se poderá, no entanto, visualizar quando atuarem albergando qualquer tipo de dúvida sobre essa qualidade da informação.

³¹ De fato, é o próprio art. 16.1 LSSI que estabelece que “[...] Se entenderá que o prestador de serviços tem o conhecimento efetivo a que se refere a alínea ‘a’ quando um órgão competente tiver declarado a ilicitude dos dados, ordenado sua retirada ou impossibilitado o acesso a eles, ou tenha sido declarada a existência da lesão, e o prestador conhecer a correspondente decisão, sem prejuízo dos procedimentos de detenção e retirada de conteúdos que os prestadores apliquem em virtude de acordos voluntários e de outros meios de conhecimento efetivo que possam haver estabelecido”.

³² GÓMEZ TOMILLO, M., *Op. cit.*, p. 128 e 129.

Essa é, ao seu juízo, a única interpretação possível do previsto pelo artigo 16.1 “a” LSSI, pois só entendendo-se que esse preceito define e delimita as posições de garante dos provedores aos quais se dirige, poderá chegar a entender-se, a seu modo de ver, que a alínea “b” do mesmo preceito afirme que, uma vez que o provedor adquira o referido “conhecimento efetivo” da ilicitude dos conteúdos, continuará, no entanto, mantendo-se isento de qualquer tipo de responsabilidade se agir de modo a retirá-los ou a bloqueá-los de uma forma diligente, prescrição que consideramos lhes obriga a atuar nesses casos e fixa, portanto, seu dever positivo de fazê-lo.³³

A posição doutrinária comentada, claramente contraposta com a anterior, teve, a nosso juízo, a enorme virtude de por em destaque o fato inquestionável de que o “conhecimento efetivo” a que faz referência a LSSI não pode equiparar-se simplesmente com o dolo configurador dos injustos penais que, aparentemente e em princípio, se poderiam imputar aos provedores por terem favorecido objetivamente a divulgação dos conteúdos alheios durante a prestação de seus serviços.

No entanto, ela apresenta o problema de que nem se acomoda com a finalidade para a qual essa normativa da LSSI foi criada, nem com o próprio teor literal dos preceitos sobre os quais pretende sustentar-se.

Com efeito, essa lei não foi criada para fundamentar ou gerar novas possíveis responsabilidades jurídicas (ativas ou omissivas) dos provedores, mas, na verdade, buscou restringir aquelas responsabilidades que se podiam imputar antes da sua criação, conforme o previsto pelos distintos ramos do ordenamento jurídico.

³³ Assim o entendiam GÓMEZ TOMILLO, M. Op. cit., p. 125 e ss.; ou HERRANZ CONDE, Cristina. com relação ao paralelo artigo 16 do anteprojeto da LSSI, em Los proveedores de servicios de Internet. In: **Régimen jurídico de Internet**. Madrid: La Ley, 2002. p. 809; uma posição que encontrou certo eco na nossa doutrina mais recente ao ter sido acolhida expressamente, entre outros, por MARCHENA GÓMEZ, Manuel. Dimensión jurídico-penal del correo electrónico. **La Ley**, Madrid, n. 6475, 2006. Disponível em: <http://www.wolterskluwer.es/SalaPrensa/White/white_7.html>. Acesso em: 12 dez. 2007; ou VELASCO NÚÑEZ, Eloy. Aspectos procesales de la investigación y defensa de los delitos informáticos. **La Ley**, Madrid, n. 6506, 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/211435/307996>>. Acesso em: 9 dez. 2007 e que encontra seus precedentes naquela que já defendeu MORALES GARCÍA, O. com relação ao disposto pelo art. 14.1 ‘b’ da DCE, um preceito que ao seu juízo estabelecia um dever de supressão ou bloqueio do conteúdo ilícito para o provedor de armazenamento, e que permitiria imputar a ele responsabilidades em comissão por omissão desde que essa prescrição normativa viesse a ser trasladada ao nosso ordenamento, embora se pudesse atingir esta mesma finalidade antes de que se produzisse dito traslado se se compreendesse, como ele o fazia, que esse dever se integraria “[...] na ingerência como fonte de equiparação entre ação e omissão; uma ingerência, de toda forma, derivada da assunção fática da obrigação de controle nestes casos, já que inerente à prestação do serviço”, Op. cit., p. 206, o que restou aceito, por exemplo, por López Ortega, Op. cit., p. 117 e ss., e faria com que se tivesse que considerar o vigente artigo 16.1 ‘b’ LSSI como o preceito que inaugurava a possibilidade da responsabilidade omissiva desses sujeitos, por ser ele o responsável do traslado para o nosso ordenamento do referido artigo comunitário.

Assim o demonstra, a nosso sentir, o art. 13.1 da LSSI que estabelece que “os prestadores de serviços da sociedade da informação estejam sujeitos à responsabilidade civil, penal e administrativa estabelecida em caráter geral no ordenamento jurídico, sem prejuízo do disposto nesta Lei”, o que, sem dúvida, deixa claro que serão essas normas gerais, civis, penais ou administrativas, e não em concreto as regras contidas na LSSI, as que inicialmente poderão, conforme o caso, fundamentar a efetiva responsabilidade desses sujeitos, como também que o próprio art. 16.2 LSSI, expressamente, qualifique o disposto no parágrafo que o precede e que supostamente trata de fundamentar uma nova e possível responsabilidade omissiva do provedor ao qual se refere, como uma exceção *de responsabilidade*³⁴, expressão legislativa que volta a pôr em destaque a clara finalidade restritiva e de modo algum criadora ou fundamentadora de novas possíveis formas de responsabilidade jurídicas dos sujeitos aos quais destina suas prescrições: os provedores.

Difícilmente, portanto, esses preceitos poderão ser considerados como fonte diretamente geradora da posição de garante que se requer para imputar aos provedores aos quais se dirige a responsabilidade em comissão por omissão pelas divulgações de conteúdos realizadas pelos seus usuários, o que irremediavelmente nos apresenta a uma pergunta.

Então, qual a função que haverá de desempenhar no sistema de responsabilidade penal do provedor de armazenamento o estabelecido no artigo 16.1 LSSI?

A nosso juízo, essa pergunta tem uma resposta imediata.

O que esse preceito busca evitar é que os provedores – diante da ameaça de poderem ser considerados responsáveis ou inclusive sancionados penalmente por haverem contribuído com a manutenção dos seus serviços para a publicação ou divulgação de conteúdos alheios – possam optar por impedir a publicação ou divulgação de qualquer conteúdo ou informação que tenha a mais mínima aparência de ser ilícita; opção que, ainda que muito provavelmente, lhes levaria a impedir a publicação de muitas informações penalmente ilícitas ou nocivas, também lhes levaria, certamente, a impossibilitar a divulgação de muitas outras perfeitamente lícitas e permitidas, transformando-se a rede, assim, num meio de comunicação censurado e amordaçado; um ambiente no qual os cidadãos não poderiam exercer de uma forma plena seus direitos à liberdade de expressão e de informação.

Isto é, precisamente, o que busca evitar o art. 16.1 da LSSI. É um preceito que busca evitar que os intermediários necessários da internet aos quais se dirige (os provedores de

³⁴ Assim o faz o artigo 16.2 quando estabelece que “[...] A exceção de responsabilidade estabelecida no parágrafo 1 não operará [...]”.

armazenamento) possam chegar a assumir uma atitude tão “diligente” no momento de retirar ou bloquear os conteúdos alheios que eles mesmos ou qualquer terceiro venham a considerar de duvidosa legalidade, que possam lhes levar a atuar como verdadeiros censores da rede, limitando de forma completamente desproporcionada o livre exercício da liberdade de expressão e informação de seus usuários.³⁵

É precisamente para evitar este indesejável e desproporcionado efeito sobre o exercício de tão importantes direitos fundamentais que o citado preceito prevê que nenhuma das prestações de serviços que realizem os provedores de armazenamento,

³⁵ Assim, Rodríguez Sal e Rubio Velázquez ressaltam que se o determinante para a existência ou não de responsabilidade por parte do provedor fosse sua crença subjetiva sobre o caráter lesivo ou ilícito do conteúdo alheio, se estaria colocando esse sujeito em uma posição extremamente complicada, pois se não bloqueasse o conteúdo – por entender que o conteúdo seria legal sem sê-lo – seria responsável pela sua atividade; enquanto que se bloqueasse o conteúdo e, ao final, se identificasse que o conteúdo não tinha essa qualidade, também poderia ser responsável por aquele que teve bloqueada sua informação de forma injusta. Nesse sentido, mostra-se significativo que, se por um lado o projeto de LSSI previa a possibilidade de estabelecer como possível fonte do conhecimento efetivo do provedor a mera existência de uma comunicação de um particular dirigida a ele, essa possibilidade não restou ao final acolhida pelo texto definitivo da lei, por ter-se entendido que essa deixaria o provedor uma vez mais numa situação de indefinição, pois não estaria claro se o conhecimento de uma tal comunicação lhe obrigaria a comunicar o fato à autoridade competente ou se, pelo contrário, com a sua mera apresentação já deveria o provedor proceder a retirada cautelar do conteúdo em questão para que, assim, estivesse isento de qualquer responsabilidade. Op. cit., p. 70. Esse mesmo conflito com relação ao provedor foi ressaltado pela doutrina alemã, em HOEREN, T. *Unterlassungsansprüche gegen Host Provider – die Rechtslage nach dem Ricardo/Rolex Urteil des BGH*. In: **Festschrift für Ulrich Eisenhardt zum 70 Geburtstag**. München: Beck., 2007. p. 247, entre outros. De qualquer forma, apesar da conveniência e do acerto na limitação das vias de conhecimento estabelecidas definitivamente pelo art. 16.1 “a” da LSSI, figura mais que questionável que os mesmos contemplem a possibilidade de essa declaração de ilicitude – cujo conhecimento abre as vias da possível responsabilidade, inclusive penal, dos provedores –, possa ser adotada por um órgão administrativo e não somente por um judicial; sobretudo, levando em conta a importância dos direitos e interesses que estão em jogo nessa decisão, pois, embora ela não tenha que supor, ao menos formalmente, o acordo de sequestro da publicação realizada, certamente apresentará alguns efeitos práticos muito similares aos que teriam essa ordem, já que fará com que a maior dos provedores bloqueiem ou excluam o conteúdo em questão, impedindo assim a sua divulgação. Merece destaque, nesse sentido, o fato de que o artigo 11.3 da LSSI tenha sido modificado pela Lei n. 56, de 29 de dezembro de 2007, de medidas de fomento à Sociedade da Informação, vindo agora a prever, com relação às ordens de interrupção de serviços dos provedores ou de retirada de conteúdos que possam emitir os órgãos competentes para fazê-lo que “[...] Em todos os casos em que a Constituição, as normas reguladoras dos respectivos direitos e liberdades ou as que sejam aplicáveis às diferentes matérias atribuam competência aos órgãos jurisdicionais de forma excludente para intervir no exercício de atividades ou direitos, só a autoridade judicial competente poderá adotar as medidas previstas neste artigo. Em particular, a autorização do sequestro de páginas da Internet ou da sua restrição quando esta afete aos direitos e liberdades de expressão e informação e demais direitos amparados nos termos estabelecidos no artigo 20 da Constituição só poderá ser decidida pelos órgãos jurisdicionais competentes”, expressão que, a nosso juízo, ampliou a exigência da autorização judicial a algumas das ordens de interrupção de serviços que podem ser adotadas, mas que continuam sendo insuficientes para garantir a legalidade das restrições das liberdades de expressão e de informação que podem implicar ao declarar um conteúdo como ilícito.

sem conhecer de forma efetiva a ordem de retirada ou a declaração de ilicitude emitida pelo órgão administrativo ou judicial competente para poder ditar-las, lhes poderá gerar algum tipo de responsabilidade. Com isso, isenta-se aos provedores de serem eles os responsáveis pela valoração da legalidade ou ilegalidade do conteúdo em questão, impedindo que possam atuar como verdadeiros censores da rede; no entanto, e por outra parte, se soluciona, no ordenamento jurídico espanhol, muitos dos problemas práticos enfrentados por outros sistemas, como o alemão, que ao não estabelecer e definir de forma precisa o modo ou a base pela qual os provedores de armazenamento terão que obter o conhecimento efetivo que permitiria lhes atribuir responsabilidade, torna factível que se possa entender que esse conhecimento poderia advir da própria representação que tivesse o provedor ou de qualquer comunicação realizada por um terceiro,³⁶ o que gera uma enorme insegurança jurídica nesses países³⁷ e, por outro lado, tampouco impedirá que nestes se possa chegar a produzir o desproporcionado e inaceitável efeito restritivo indireto ou de desestímulo sobre o exercício das liberdades de expressão e informação na rede de seus cidadãos, o qual este tipo de norma deveria buscar evitar.

Dessa forma, deve-se entender que na Espanha, até que o provedor não conheça ditas decisões judiciais ou administrativas, ele realiza uma prestação completamente permitida;³⁸

³⁶ SIEBER, U. *Verantwortlichkeit...*, p. 171. No mesmo sentido, HILGENDORF, E.; FRANK, T.; VALERIUS, B. ressaltam que o modo de obter o conhecimento é irrelevante, podendo derivar-se da comunicação realizada por um terceiro, em **Computer – und Internetstrafrecht**. Berlin-Heidelberg: Springer, 2005. p. 86; STADLER, T. Op. cit., p. 141; BLEISTEINER, S. Op. cit., p. 181.

³⁷ Sobre a problemática atual que gera a inexistência de um procedimento específico de obtenção do conhecimento da ilicitude do conteúdo a que faz referencia a atual TMG, confira-se, por todos, HOEREN, T. Op. cit., p. 246 e ss.; autor que recomenda o estabelecimento de uma regulação específica do processo de obtenção desse conhecimento, similar ao americano do “notice and take down”, para acabar com todos esses problemas.

³⁸ Nos inclinamos, portanto, por uma noção restritiva do conhecimento efetivo exigido pelos citados preceitos da LSSI, conforme o qual esse conhecimento precisa estar necessariamente referido à existência de uma declaração administrativa ou judicial de ilicitude do conteúdo em questão; uma noção que, por outro lado, foi acolhida por algumas decisões judiciais relacionadas ao preceito em questão, como a Sentença de 20 de dezembro de 2005 da Audiência Provincial de Madrid (Secc. 14ª), referente a uma ação pela violação do direito à honra, a qual afirmou expressamente que essa disposição normativa seria uma clara demonstração de que “[...] o legislador espanhol, com o fim de não desprezar o exercício do direito à liberdade de expressão e de outros valores, optou pela não obrigação de fiscalizar os conteúdos por parte dos prestadores de serviços”. Essa é, a nosso juízo, a única interpretação factível dos preceitos comentados atendendo ao seu teor literal, pois, de modo algum se pode entender, como o faz Peguera Poch, que a referência legal ao conhecimento da declaração judicial ou administrativa da legalidade desses preceitos possa ser vista como “[...] uma série de presunções legais de concorrência de conhecimento efetivo” (PEGUERA POCH, M. Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI”. **IDP: Revista de Internet, Derecho y Política**, Barcelona, n. 5, 2007. Disponível em: <<http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf>>. Acesso em: 4 de mar. 2008. p. 16-17.; uma interpretação que – se por um lado é bastante discutível em relação aos outros ramos do ordenamento –, figura como absolutamente insustentável em relação ao Direito penal, ao ser manifestamente contrária

consideração que não mudará, por ter atuado de forma dolosa ou imprudente, mas que também não poderá fazê-lo por tê-la realizado de forma ativa ou meramente omissiva.

De qualquer forma, mostra-se evidente que a obtenção do referido conhecimento por parte do provedor também não será suficiente para poder imputar responsabilidade ao provedor pela prestação de seus serviços, pois, como já vimos e observando ao previsto na alínea “b” do próprio art. 16.1 LSSI, os provedores que tenham esse conhecimento ainda poderão estar isentos de qualquer tipo de responsabilidade pela prestação de seus serviços se retirarem ou bloquearem os conteúdos em questão “com prestreza”.

Poderia pensar-se, como fazem alguns dos autores antes citados, que é precisamente essa norma e não a contida no art. 16.1 “a” LSSI que viria a estabelecer aquele dever geral de supressão ou bloqueio para os provedores, que permitiria apreciar sua omissão e que faria possível que a mera manutenção de seus serviços pudesse chegar a ser normativamente equiparada a sua prestação ativa.³⁹

No entanto, se atentarmos um pouco mais ao teor literal desse preceito, veremos que este, na realidade, exime de responsabilidade o provedor, não quando sua conduta ativa consiga apagar ou bloquear efetivamente os conteúdos alheios que armazena cuja existência tenha chegado a conhecer efetivamente – como deveria criar uma norma que estabelecesse um verdadeiro e direto dever de garante com relação à produção de tais resultados –, mas tão somente quando *atuar com diligência* para conseguir referido bloqueio ou eliminação; expressão que, a nosso juízo, destaca que tal prescrição não busca obrigar *ex novo* ao provedor a ter que deletar ou bloquear o conteúdo alheio, cuja licitude tenha chegado efetivamente a conhecer, senão que o que realmente pretende é determinar o modo pelo qual esse sujeito terá que cumprir com essa obrigação, quando a tenha conforme ao estabelecido em outras normas do ordenamento jurídico (v.g. o Código Penal), para poder continuar isento de qualquer tipo de responsabilidade jurídica pela sua atuação.

ao direito à presunção de inocência e, portanto, completamente inconstitucional. Certo é, como ressalta este autor, que a LSSI se afasta do previamente estipulado pela DCE neste particular aspecto, mas este afastamento pode ser interpretado, a nosso juízo, como um desenvolvimento lógico e necessário tendente a adaptar as prescrições dessa Diretiva às exigências derivadas dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e informação; direitos que não só são reconhecidos e protegidos pela nossa Constituição, mas que também se encontram reconhecimentos com caráter prevalente no Direito originário comunitário (v.g., art. F.2 TUE) e que precisamente por isso permitem delimitar o disposto pelo seu Direito derivado.

³⁹ Confirma-se o ressaltado supra na nota de rodapé n. 32. Um entendimento com o qual também coadunam FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. **Cibercrimen**: los delitos cometidos a través de internet; estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual. Oviedo: Constitutio Criminalis Carolina, 2007. p. 170 e MIRÓ LLINARES, Fernando. **Internet y delitos contra la propiedad intelectual**. Madrid: Fundación Ator, 2005. p. 205 e, especialmente, nota de rodapé n. 70, p. 213, entre outros.

Noutras palavras, o que faz o art. 16.1 “b” LSSI não é criar um novo dever de atuar do provedor que o obriga a apagar ou bloquear o conteúdo em questão e que no caso de ser descumprido torne-o responsável pela divulgação (o dever de garante), mas definir o modo pelo qual haveria de cumprir com dito dever (“com diligência”), quando o tenha, para poder continuar isento de responsabilidade pela prestação de seus serviços.

Com isso, o que essa prescrição faz é converter o dever objetivo de cuidado dos intermediários que conheçam a ordem de retirada ou a declaração de ilicitude do conteúdo que armazenam, referindo-se que esses sujeitos terão que respeitar o momento de cumprir com o dever de retirada, civil, penal ou administrativo que lhes pudesse corresponder, para continuarem isentos de responsabilidade jurídico pela prestação de seus serviços, o que evidentemente, permitirá que lhes seja imputada responsabilidade por não terem cumprido adequadamente com esse dever, por não terem realizado ou por terem atrasado indevidamente a conduta bloqueadora que lhes era exigida, mas também fará com que a eles possa ser atribuída se, por exemplo, vierem a realizar o bloqueio ou a supressão do conteúdo em questão de forma inadequada ou negligente, ocasionando efeitos danosos a terceiros (v.g. perda de dados, de lucro pelo fechamento temporário de *sites* etc.).⁴⁰

Se eliminará assim toda possibilidade de existir qualquer tipo de responsabilidade objetiva desses provedores pelas ações ou omissões que tenham podido efetuar, o que, ainda que no Direito penal esteja fora de qualquer dúvida como consequência da estrita exigência do princípio da culpabilidade, em outros âmbitos, como o civil, poderia chegar a questionar-se. Além disso, e por outra parte, ao converter a *diligência devida* e não, por exemplo, à *immediatez*, como ocorre em outros ordenamentos, no que diz respeito à valoração jurídica das condutas desses sujeitos, também se conseguirá que se considere como geralmente permitida e, conseqüentemente, como penalmente neutra, a retirada que tenha realizado aquele provedor que, apesar de não ter utilizado a medida mais imediata ao seu alcance (v.g. a completa interrupção de todos os serviços prestados pelo provedor ou o apagar imediato de todos os conteúdos que armazenam), tenha empregado aquela que melhor se acomodava a manter o respeito aos direitos à intimidade, à liberdade de expressão e informação do resto dos usuários que poderão ver-se gravemente afetados pela adoção de outra medida mais radical que aquela ao final empregada.

⁴⁰ Concorde com essa posição Mata y Martín, que considera que essa norma, na verdade, busca excluir a possibilidade de atribuir responsabilidades jurídicas ao provedor que atue de forma diligente. Op. cit., p. 227 e 230.

4 UMA ÚLTIMA E BREVE REFLEXÃO SOBRE O PREVISTO NA LEI N. 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014, AO ESTABELECEER OS PRINCÍPIOS, GARANTIAS, DIREITOS E DEVERES PARA O USO DA INTERNET NO BRASIL

O exposto até aqui possibilita compreender que o art. 16 LSSI espanhol, tal qual ocorre com o restante das disposições da lei, afeta às responsabilidades dos demais provedores (de *links*, de *caching* etc.), prevê uma norma delimitadora do nível de risco permitido aos provedores de armazenamento de conteúdos alheios, atendendo às particularidades técnicas que se dão na efetiva atividade que eles costumam realizar, com a intenção de dar uma resposta adequada e proporcional ao importante papel de que esses sujeitos estão encarregados para evitar delitos e garantir o exercício, livre e sem censuras, das liberdades fundamentais de expressão e informação dos seus clientes.

O desafio proposto não era pequeno e as soluções adotadas estão longe de terem sido aceitas de forma unânime pela doutrina e jurisprudência espanholas, tal qual ocorreu no resto da Europa. No entanto, parece inquestionável que a expansão inevitável da sociedade da informação em que vivemos obriga a todos os Estados, e não só aos europeus, a terem que enfrentar, de uma ou outra forma, o problema trazido pela necessária regulamentação do regime aplicável aos provedores de internet; um desafio que, ao menos parcialmente, foi recentemente enfrentado pelo legislador brasileiro, mediante a aprovação da lei n. 12.965, de 23 abril de 2014, que, conforme o previsto no seu art. 32, entrou em vigor 60 dias após a sua publicação oficial (DOU, de 24 de abril de 2014).

É essa extensa lei que, entre outras coisas, se encarregou de estabelecer o sistema de responsabilidade aplicável aos provedores de serviços de internet pela sua contribuição à divulgação de conteúdos alheios na rede, afirmando em seu art. 19 que:

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 (Brasil, 2014, grifo nosso).

A intenção restritiva e a finalidade da norma comentada são evidentes. Trata de eximir o provedor de determinadas responsabilidades que, em princípio, poderiam ser-lhe atribuídas observando ao previsto em outras normas do ordenamento jurídico, precisamente para facilitar que pudessem desempenhar o papel que lhes cabe no exercício do direito à liberdade de expressão dos usuários de seus serviços.

Mostra-se evidentemente impossível, nesse espaço, analisar todas as repercussões que essa inicial exceção legal de responsabilidade terá no ordenamento jurídico brasileiro, mas é importante destacar que, apesar da evidente similitude que existe em seu fundamento e em seu conteúdo com a normativa espanhola antes comentada, apresenta duas diferenças essenciais com relação a esta última.

Em primeiro lugar, chama muito a atenção que a normativa brasileira não tenha feito qualquer diferenciação a respeito do regime aplicável a cada um dos provedores, observando o serviço que efetivamente será prestado por ele, o que parece olvidar que nem todos têm as mesmas capacidades técnicas para bloquear ou eliminar os conteúdos alheios que ajudam a divulgar, e, o que é mais importante, que nem todos desempenham um papel equivalente no exercício das citadas liberdades fundamentais por parte de seus usuários, circunstâncias ambas que, sem dúvida, deveriam ter sido levadas em consideração na hora de definir suas responsabilidades jurídicas específicas.

Além disso, o que se mostra ainda mais despropositado é ver que o legislador brasileiro tenha se empenhado em deixar claro que a exceção de responsabilidade prevista no art. 19 só será aplicável no âmbito civil e, inclusive, afirmado que essa exceção nem sequer nesse âmbito irá reger de forma completa, prevendo, por exemplo, que nos casos em que for atingida a intimidade pela divulgação de conteúdos de caráter sexual pertencentes à vida privada da pessoa afetada, não será necessária a declaração judicial ou administrativa à qual faz referência o art. 19 para poder atribuir aos provedores responsabilidade pela sua divulgação, bastando a comunicação da pessoa afetada ou de seu representante (art. 21); ou ao prever, por outra parte, a possibilidade de criar exceções à exigência geral de emissão da ordem judicial em relação aos casos nos quais a divulgação do conteúdo em questão afete aos direitos do autor (art. 19 § 2º) ou à honra (art. 19 § 3º).

Essa clara restrição do âmbito de aplicação previsto no art. 19 da referida lei exclui, sem dúvida, sua aplicabilidade ao âmbito penal, deixando esse ramo do Direito órfão de uma regulamentação que traga segurança jurídica e proteção aos provedores no exercício das suas funções, que os permita desempenhar um serviço essencial que deve ser realizado para garantir que os cidadãos possam exercer livremente e sem censura seus direitos fundamentais à liberdade de expressão e informação.

São múltiplas, portanto, as questões e temas controvertidos que o legislador brasileiro ainda haverá que responder para conseguir regulamentar de forma adequada e proporcionada um problema tão complexo, como também o são aqueles que os reguladores europeus devem solucionar.

Na realidade, se poderia dizer que, até aqui, ambos os reguladores apenas teriam dado os primeiros passos nesse caminho voltado à busca de uma solução plenamente satisfatória e proporcionada de tão complexo e importante conflito de interesses jurídicos; a nosso modo de ver, entretanto, é necessário reconhecer que não é de modo algum uma má notícia ver que, pelo menos, esses reguladores já tenham começado a percorrer um caminho que, fatalmente, os levará a alcançar um tão louvável fim.

REFERÊNCIAS

- ANARTE BORRALO, Enrique. Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal de la sociedad de la información. **Derecho y Conocimiento**: anuario jurídico sobre la sociedad de la Información, Huelva, v. 1, p. 192-257, 2001.
- BLEISTEINER, Stephan. **Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet**. Köln: C. Heymans, 1999.
- CRUZ DE PABLO, José Antônio. **Derecho penal y nuevas tecnologías**: aspectos sustantivos. Adaptación a la reforma operada en el Código penal por la ley 15/2003 de 25 de noviembre, especial referencia al nuevo artículo 286 CP. Madrid: Grupo Difusión Jurídica, 2006.
- ECK, Stephan. Das Hosting einer rechtsverletzenden Information für ein abhängiges Konzernunternehmen. **Multimedia und Recht**, München, v. 8, n. 1, p. 7-11, 2005.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. **Cibercrimen**: los delitos cometidos a través de internet; estafas, distribución de pornografía infantil, atentados contra la propiedad intelectual. Oviedo: Constitutio Criminalis Carolina, 2007.
- GALÁN MUÑOZ, Afonso. La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales. **Revista Penal**, Barcelona, n. 24, p. 90-107, 2009.
- GALÁN MUÑOZ, Afonso. **Libertad de expresión y responsabilidad penal por contenidos ajenos en internet**: un estudio sobre la incidencia penal de la ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y el comercio electrónico. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. **Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet**: especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2006.
- HERRANZ CONDE, Cristina. Los proveedores de servicios de internet. In: CREMADES, Javier, FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, Miguel Angel; ILLESCAS, Rafael (Coord). **Régimen jurídico de internet**. Madrid: La Ley, 2002. p. 793-816.
- HILGENDORF, Eric. Die neuen Medien und das Strafrecht. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, n. 112, Heft 11, p. 650-680, 2001.
- HILGENDORF, Eric; FRANK, Thomas; VALERIUS, Brian. **Computer- und Internetstrafrecht**. Berlin, Heidelberg: Springer, 2005.
- HOEREN, Thomas. Unterlassungsansprüche gegen Host Provider- die Rechtslage nach dem Ricardo-/Rolex Urteil des BGH. In: FESTSCHRIFT für Ulrich Eisendhardt zum 70 Geburtstag. München: Beck, 2007. p. 243-254.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José. Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet. **Cuadernos de derecho judicial**, Madrid, n. 10, p. 83-12, 2001.
- MARCHENA GÓMEZ, Manuel. Dimensión jurídico-penal del correo electrónico, **Diário La Ley**, Madrid, n. 6475, 2006. Disponível em: <http://www.wolterskluwer.es/SalaPrensa/White/white_7.html>. Acesso em: 6 abr. 2015.

MARÍN PEIDRO, Lucía. **Los contenidos ilícitos y nocivos en Internet**. Madrid: Fundación Retevisión, 2000.

MATA Y MARTÍN, Ricardo. Criminalidad informática: Una introducción al cibercrimen. In: MATA Y MARTÍN, Ricardo. **Temas de direito da informática e da internet**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 197-236.

MIRÓ LLINARES, Fernando. **Internet y delitos contra la propiedad intelectual**. Madrid: Fundación Autor, 2005.

MORALES GARCÍA, Oscar. Criterios de atribución de responsabilidad penal a los proveedores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información. In: MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCIA, Oscar; FERNANDES PINOS, José Ernesto. **Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet**. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2002. p. 163-210.

MORALES PRATS, Fermín. El Derecho penal ante la pornografía infantil en internet. In: MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCIA, Oscar; FERNANDES PINOS, José Ernesto. **Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet**. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2002. p. 95-118.

MORÓN LERMA, Esther. **Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red**. Pamplona: Aranzadi, 2002.

MUÑOZ LORENTE, José. Injurias, calumnias y libertades de expresión e información. Elementos de interacción. **La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario**, Madrid, n. 28, p. 5-22, 2006.

PEGUERA POCH, Miquel. Sólo sé que no sé nada (efectivamente): La apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI. **IDP: Revista de Internet, Derecho y Política**, Barcelona, n. 5, 2007. Disponible em: <<http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf>>. Acceso em: 4 mar. 2008.

PICOTTI, Lorenzo. Aspectos supranacionales de la responsabilidad penal de los proveedores de acceso y de servicios en Internet. In: MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCIA, Oscar; FERNANDES PINOS, José Ernesto. **Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet**. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2002. p. 95-118.

PICOTTI, Lorenzo. Fundamento y límites de la responsabilidad penal de los proveedores de acceso y servicio en Internet. **Revista de Derecho y Proceso Penal**, Cizur Menor, Aranzadi, n. 3, p. 221-232, 2000.

RODRÍGUEZ SAU, Carlos; RUBIO VELÁZQUEZ, Raúl. **Todo sobre la LSSI y de comercio electrónico**. Barcelona: Experiencia, 2002.

RÖMER, Nicole. **Verbreitungs- und Ausserungsdelikte im Internet**. Frankfurt, Main: Lang, 2000.

SÁNCHEZ ALMEIDA, Carlos; MAESTRE RODRÍGUEZ, Javier Alexandro. **La ley de internet: régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico**. Barcelona: Servidoc, 2002.

SIEBER, Ulrich. AG München: Compuserve. **Multimedia und Recht**, München, Heft 8, 1998.

_____. **Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet**. Bonn: Bundesministerium der Justiz, 1999.

_____. **Verantwortlichkeit im Internet**: Technische Kontrollmöglichkeiten und multimedienrechtliche Regelungen. München: Beck, 1999.

SPINDLER, Gerald. Verantwortlichkeit von Diensteanbietern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Rechtlinie. **Multimedia und Recht**, München, Heft 4, 1999.

STADLER, Thomas. **Haftung für Informationen im Internet**. 2. Aufl. Berlin: E. Schmidt, 2005.

VASILAKI, Irini. Strafrechtliche Haftung nach §§ 8 ff TDG. **Multimedia und Recht**, München, Heft 1p. 659-662, Okt. 2002.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. Aspectos procesales de la investigación y defensa den los delitos informáticos. **Diário La Ley**, Madrid, n. 6.506, 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/rcsp/article/viewFile/211435/307996>>. Acesso em: 6 abr. 2015.