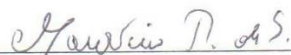


ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO

Aos 03 de março de 2015 realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaborahy 989 – em Salvador/ Bahia, às 14h, a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelado (a) **Karoline Moraes Francisco Pereira**, intitulada *Vivendo na sociedade de risco: uma incursão jurisprudencial, legal e propositiva em torno da Responsabilidade Civil nas redes sociais.*, estando presente o (a) Orientador prof.(a) **Maurício Requião Sant'Ana**, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) **Thiago Carvalho Borges** e Prof(a) **Gustavo Cunha Prazeres** e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

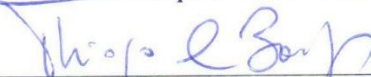
Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Maurício Requião Sant'Ana	10,0	
Thiago Carvalho Borges	10,0	
Gustavo Cunha Prazeres	10,0	

Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



Prof. Orientador

Maurício Requião Sant'Ana



Membro da Banca Examinadora

Thiago Carvalho Borges


Membro da Banca Examinadora

Gustavo Cunha Prazeres

Salvador, 03 de março de 2015.



NPJ . Núcleo de Prática Jurídica

R. VISCONDE DE ITABORAHY, Nº 116, AMARALINA
SALVADOR - BA - CEP- 41900-010 - TEL: (71) 3276.1323
www.faculdadebaianadedireito.com.br



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

KAROLINE MORAES FRANCISCO PEREIRA

**VIVENDO NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA INCURSÃO
JURISPRUDENCIAL, LEGAL E PROPOSITIVA EM TORNO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL NAS REDES SOCIAIS**

Salvador
2014

KAROLINE MORAES FRANCISCO PEREIRA

**VIVENDO NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA INCURSÃO
JURISPRUDENCIAL, LEGAL E PROPOSITIVA EM TORNO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL NAS REDES SOCIAIS**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Maurício Requião

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

KAROLINE MORAES FRANCISCO PEREIRA

**VIVENDO NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA INCURSÃO
JURISPRUDENCIAL, LEGAL E PROPOSITIVA EM TORNO DA
RESPONSABILIDADE CIVIL NAS REDES SOCIAIS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

Ao meu amor, meus pais e minha irmã, por motivos que eu seria incapaz de explicar com palavras.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, como em tudo na minha vida, agradeço a Deus, meu Senhor, autor e consumidor da minha fé, a quem eu desejo seja dada toda honra e toda glória sempre.

Ao meu marido, Hélio, por todo amor e compreensão não só durante a produção da monografia, mas todos os dias desde que nos conhecemos. Obrigada pela paciência, por ter orado por mim e comigo nos momentos de ansiedade e por saber me acalmar como ninguém.

Aos meus pais, meus grandes exemplos para tudo. Nunca conseguirei retribuir tanto amor e cuidado a mim dispensados durante toda a minha vida. Vocês são parte fundamental desse sonho, meus grandes amigos, sei que em vocês sempre terei um porto seguro.

À minha irmã caçula que amo tanto, companheira que tentou me ajudar no que foi possível. Seu futuro será brilhante e assim como você esteve aqui por mim, estarei por você em cada etapa.

À minha família da Igreja Presbiteriana da Herança Reformada, irmãos de fé que acompanharam todo o processo se fazendo presentes como sempre até hoje na minha vida. Obrigada pelas orações constantes e pelo amor fraterno tão importante.

Ao meu querido orientador Maurício Requião, por mim marcado desde a primeira vez que tive uma aula sua, por seu amor pela docência e zelo em tudo aquilo que se dispõe a fazer. Obrigado por todos os direcionamentos e por aturar minhas agonias.

Aos meus amigos nessa jornada na qual tantas emoções foram compartilhadas. Em especial à Sara Souza e Marina Freitas por terem me ouvido tanto ao longo da produção da monografia e terem contribuído enormemente, seja com sugestões sobre o tema ou com palavras que transmitiam conforto.

À Faculdade Baiana de Direito e Gestão, instituição da qual muito me orgulho de ser parte e que é grande responsável por minha formação acadêmica. Em especial, registro meu muito obrigada aos funcionários da biblioteca por toda a ajuda e pelos laços que criamos nesses anos com minhas frequentes idas em busca de conhecimento.

Fecha-se um ciclo. Que venham muitos outros repletos de aprendizado e crescimento pessoal.

“Se você não se importa com as redes, as redes se importarão com você, de todo modo. Pois, enquanto quiser viver em sociedade, neste tempo e neste lugar, você terá de estar às voltas com a sociedade de rede. Porque vivemos na Galáxia da internet.”
Manuel Castells

RESUMO

O presente trabalho monográfico analisa como deve se dar a responsabilização civil das Redes Sociais pelos danos causados por terceiros. Para tanto, inicia-se com uma verificação sobre a caracterização da sociedade contemporânea como sendo a sociedade de risco pensada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, a fim de perceber o que seja tal sociedade, quais as consequências desse reconhecimento, bem como qual a sua relação com o tema. Nesse processo se averigua qual a influência exercida pela globalização para esse novo formato de sociedade, assim como a importância da Responsabilidade Civil para que sejam feitas as adequações devidas à contemporaneidade. Além disso, volta-se a atenção para os avanços tecnológicos tão perceptíveis nos tempos hodiernos, especificamente com relação as Redes Sociais com os benefícios e perigos que representam, assim como também dedicou-se um tópico para compreender a que tipo de provedor correspondem tais redes. Em seguida é feita uma análise jurisprudencial em torno do tema, pois, uma vez que a legislação referente à problemática é extremamente recente, é de grande importância sondar como o Judiciário vinha resolvendo a questão. Mais ainda, foram também alvo do estudo as disposições trazidas pela Lei n. 12.965/2014 nos artigos pertinentes à responsabilização dos provedores, com o escopo de estabelecer um comparativo com o cenário anterior ao da sua entrada em vigor, concluindo criticamente acerca dos avanços e/ou retrocessos constatados no novo panorama por ela instaurado. Por fim, foi apresentada uma proposta acerca do que se acredita ser o melhor caminho a ser seguido quando um dos usuários das redes virtuais são ofendidos em seus direitos, levando em consideração qual deve ser a finalidade precípua da Responsabilidade Civil.

Palavras-chave: sociedade de risco; Redes Sociais; provedores de conteúdo; Responsabilidade Civil; atividade de risco; fato do serviço.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI	Agravo de Instrumento
APC	Apelação Cível
art.	artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
Des.	Desembargador
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
Min.	Ministro(a)
IP	<i>Internet Protocol</i>
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i>
NAT	<i>Nerwork Adress Translation</i>
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A SOCIEDADE DE RISCO	13
2.1 A NOÇÃO DE ULRICH BECK	13
2.2 A INFLUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO	16
2.3 A ADEQUAÇÃO À CONTEMPORANEIDADE	20
2.3.1 Novos riscos e novos danos	22
2.3.2 O papel da Responsabilidade no processo de adequação	24
2.4 OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E AS REDES SOCIAIS	28
2.4.1 As Redes Sociais	29
2.4.2 Os tipos de provedores	33
3 A JURISPRUDÊNCIA OUTRORA DOMINANTE ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE CONTEÚDO	37
3.1 O ENQUADRAMENTO COMO RELAÇÃO DE CONSUMO	38
3.1.1 Requisitos da relação de consumo	39
3.1.2 O marketing direcionado e a remuneração indireta dos provedores	43
3.1.3 A Responsabilidade Civil na seara consumerista	48
3.2 A (IM) POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL	55
3.3 A DOCTRINA DO <i>NOTICE AND TAKE DOWN</i>	61
3.4 A ATUAÇÃO DO PROVEDOR NA LOCALIZAÇÃO DO USUÁRIO	64
4 O PANORAMA INSTAURADO PELO MARCO CIVIL DA INTERNET E A PROPOSTA DE UM OUTRO CAMINHO A SER SEGUIDO	68
4.1 AS DISPOSIÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.965/2014	68
4.1.1 A liberdade de expressão, a necessidade de decisão judicial e o retrocesso social	69
4.1.2 A afirmação de impossibilidade técnica e o tratamento diferenciado previsto para as situações do artigo 21 da Lei 12.965/14	76
4.2 A PROPOSTA DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA E SUBSIDIÁRIA DOS PROVEDORES DE CONTEÚDO	80
4.2.1 A responsabilidade objetiva dos provedores	81

4.2.1.1 O ocaso da culpa e a possibilidade de alargamento do nexo causal	81
4.2.1.2 O consumidor exposto à atividade de risco: fundamentação dúplice para a objetivação	90
4.2.2 A responsabilidade subsidiária dos provedores	97
5 CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	105

1 INTRODUÇÃO

Como um inseto emaranhado em uma teia, assim estão as pessoas envoltas pela Internet de maneira a ser praticamente impossível não sofrer suas influências diretas ou indiretas no dia a dia. Sem dúvidas, a seara da evolução tecnológica foi e continua sendo uma das que mais refletem o mundo dito globalizado no qual vivemos.

Através da Internet barreiras dos mais diversos tipos são atravessadas e novos horizontes podem ser desvendados em fração de segundo através de um simples clique. Muitas são as formas de utilização do meio virtual e as Redes Sociais despontam como uma delas, sendo hoje um dos principais meios de comunicação entre as pessoas, trazendo em si uma vasta gama de possibilidades.

Curtidas, comentários, compartilhamentos de fotos, vídeos, disseminação de meras abstrações pessoais, conversas particulares, enfim, são múltiplas as formas de utilização das redes virtuais e considerando a velocidade com que os mecanismos cibernéticos são desenvolvidos, muita coisa ainda está por vir.

A despeito dos incontáveis benefícios propiciados pelo manejo da Internet, não se pode perder de vista que, tal qual uma moeda com as suas duas faces, esse ambiente também se mostra como detentor de um elevado potencial lesivo que não pode ser desconsiderado. Como em qualquer local no qual ocorra o convívio de pessoas, é preciso existirem regras a serem seguidas sob pena de se verificar a violação desenfreada de direitos.

É considerando a fluidez e as incertezas presentes no ciberespaço, aliadas aos outros fenômenos e peculiaridades próprias da atualidade, que a presente monografia intenta ponderar sobre a possibilidade de qualificação da sociedade vigente como sendo a sociedade de risco, vislumbrada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck na década de 80.

Para tanto, se verificará o que é uma sociedade de risco e quais os impactos do seu reconhecimento, bem como o que deve ser feito para adequar sua noção à contemporaneidade. Nesse processo, a Responsabilidade Civil se apresenta como ramo fundamental do Direito, dada sua maleabilidade, na regência das relações sociais em busca de se chegar a soluções equilibradas diante dos conflitos próprios de uma era que lida com riscos cotidianamente.

Feita essa análise, o recorte monográfico se estreita, destinando a atenção especificamente para a Responsabilidade Civil nas Redes Sociais a fim de se debruçar sobre as seguintes

questões: devem as Redes Sociais ser responsabilizadas quando um dos seus usuários provoca dano a outro? Se sim, como deve se dar tal responsabilização? Quais suas peculiaridades e aspectos mais relevantes?

Tais questionamentos serão respondidos ao longo da exposição. Como metodologia escolhida para se chegar às respostas entendidas como adequadas, opta-se por um caminho no qual inicialmente se verificará como a jurisprudência vinha se comportando frente ao tema. Isso porque, até meados de 2014 não existia uma lei que disciplinasse as relações travadas na Internet, de maneira que ficava a cargo do Judiciário o estabelecimento do que deveria ser seguido em cada caso.

Após buscar verificar a existência ou não de um padrão jurisprudencial e pormenorizar os principais pontos pacíficos e controvertidos presentes nas decisões, passar-se-á para a análise legal do tema. Nesse processo a Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, ganhará destaque, pois se examinará como ela tratou do tema, promovendo uma análise crítica e comparativa com o cenário existente antes da sua entrada em vigor.

Por fim, será apresentada uma proposta sobre como deve se dar a responsabilização das Redes Sociais diante dos danos causados por terceiros, buscando compatibilizar questões há muito sedimentadas no instituto da Responsabilidade Civil com a necessidade de, ao mesmo tempo, repensar sua estrutura da modo a priorizar a busca pela reparação do dano e não a identificação pura e simples de um algoz.

É cediço que na vida em sociedade as pessoas estão sujeitas a sofrer danos a qualquer momento e no ambiente das Redes Sociais existem agravantes, como o fato da dificuldade, muitas vezes, em se encontrar o ofensor e também porque as informações podem ser disseminadas com enorme velocidade causando prejuízos ainda maiores e, quiçá, irreparáveis.

Assim sendo, reveste-se o tema de importância social ao se levar em conta o incalculável número de danos causados diuturnamente no ambiente virtual, não sendo poucas as pessoas que ficam sem nenhum tipo de resposta, deixando evidente a necessidade do Direito fornecer soluções adequadas a fim de que as vítimas não fiquem sem a devida e efetiva reparação.

O objetivo central desse trabalho será, portanto, conciliar o reconhecimento da importância das Redes Sociais e o fato de que não é possível permitir a existência de um meio no qual ilícitos possam ser praticados a todo instante sem que haja um sistema adequado de controle e distribuição da Responsabilidade Civil.

Quer-se, por fim, deixar claro o tom de humildade no oferecimento da proposta em torno do

caminho que se acredita ser o melhor a ser seguido. Qualquer estudo que intente se debruçar sobre a Internet e suas nuances terá que lidar com um terreno movediço e repleto de intempéries. Tudo é muito fluido, muito instável, dentro de um contexto do qual o que hoje é, pode amanhã não o ser, e é imbuída desse espírito que passo a tecer considerações sobre o tema, reconhecendo a imensidão de tudo aquilo que está por trás da tela que conecta o mundo real com o virtual.

2 A SOCIEDADE DE RISCO

Aceitar a sociedade de risco como realidade é um processo repleto de conflitos, que vão desde saber o que realmente é a sociedade de risco, até entender como lidar com os seus frutos e tudo aquilo que eles podem acarretar. O desenvolvimento do que seja tal sociedade é consequência da necessidade de atender aos clamores do tempo e das mudanças, é aguçar os sentidos para perceber o que já foi superado e o que há de novo no convívio social.

O responsável por cunhar a expressão que nomeia esse capítulo foi o sociólogo alemão Ulrich Beck, autor da obra “Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade”, que teve sua primeira edição em 1986. Propôs-se o autor a descrever uma nova realidade, informada por novos perigos e danos na qual acredita-se que a humanidade ainda esteja inserida.

2.1 A NOÇÃO DE ULRICH BECK

Ulrich Beck pretendeu analisar a transição sofrida pela humanidade, partindo da sociedade industrial rumo à sociedade de risco. Nesse processo houve uma inversão na ordem de preocupação, voltando-se maior atenção para a distribuição dos riscos do que para a distribuição das riquezas¹.

É importante destacar que Ulrich Beck desenvolveu suas noções logo após o acidente nuclear na usina de Chernobyl, de maneira que tinha em mente preocupações com riscos envolvendo questões como acidentes nucleares, aquecimento global, destruição da camada de ozônio, impacto de poluentes no meio ambiente e afins². No entanto, suas considerações são pertinentes e passíveis de aplicação, guardadas as devidas proporções, na contemporaneidade.

Beck entende os riscos como sendo “um produto histórico, a imagem especular de ações e omissões humanas, expressão de forças produtivas altamente desenvolvidas”³. Dessa forma, percebe-se que a noção de risco tem o componente humano como preponderante, pois mesmo que se volte a atenção para os riscos representados por manifestações da natureza, eles são

¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 15-16.

² *Ibidem*, p. 25 *passim*.

³ *Ibidem*, p. 275.

reflexos da forma como o homem a utilizou e utiliza.

A potencialização de riscos que já existem e o surgimento de novos são consequências naturais do desenvolvimento científico e tecnológico. Com o passar do tempo as demandas sociais mudam, surgindo problemas outrora inimagináveis que não podem simplesmente ser ignorados.

Nesse sentido, Ulrich Beck defende que “aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos”⁴.

Em face da importância inegável da modernização, os riscos não são apenas riscos, mas também oportunidades de crescimento. Assim, a sociedade de risco é também a sociedade da informação, da mídia e dos avanços. Existe uma reflexividade tão grande nessa sociedade ao ponto de fazer com que ninguém saiba ao certo se o problema não é, em verdade, solução, em um contexto no qual novos interesses são opostos e ao mesmo tempo fazem nascer uma espécie de solidariedade diante das ameaças⁵.

Existe uma grande diferença entre a sociedade de risco e as sociedades que vieram antes dela, pois estas se viam confrontadas com as mais diversas formas de ameaça, enquanto que aquela, ao ter que lidar com riscos, é confrontada com ela mesma⁶.

É importante não perder de vista que, junto com os avanços e inovações dos mais variados tipos vêm as incertezas e o medo. Ninguém consegue precisar antecipadamente todos os danos que podem ser causados no processo evolutivo, ou as relações complexas que podem se desenvolver entre as pessoas. Dessa forma, todos estão sujeitos ao chamado efeito bumerangue segundo o qual, cedo ou tarde, não haverá quem esteja seguro diante dos riscos, que irão alcançar até mesmo seus produtores e os que lucraram com eles, de maneira que para a superação desses riscos faz-se mister pensar em um padrão para a distribuição deles⁷.

A todo tempo em seu estudo, o sociólogo alemão deixou transparecer que a noção de sociedade de risco está fortemente atrelada ao futuro.

Em oposição à evidência tangível das riquezas, os riscos acabam implicando algo *irreal*. Num sentido decisivo, eles são simultaneamente *reais e irrealis*. De um lado, muitas ameaças e destruições já são reais: rios poluídos ou mortos, destruição florestal, novas doenças etc. De outro lado, a verdadeira força social do argumento

⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23.

⁵ *Ibidem*, p. 56-57.

⁶ *Ibidem*, p. 275.

⁷ *Ibidem*, p. 44.

do risco reside nas *ameaças projetadas no futuro*. São, nesse caso, riscos que, quando quer que surjam, representam destruições de tal proporção que qualquer ação em resposta a elas se torna impossível e que, já como suposição, como ameaça futura, como prognóstico sincreticamente preventivo, possuem e desenvolvem relevância ativa. O núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim no *futuro*. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo totalmente inexistente, construído e fictício como “causa” da vivência e da atuação presente. Tornamo-nos ativos hoje para evitar e mitigar problemas ou crises do amanhã ou do depois de amanhã, para tomar precauções em relação a eles – ou então justamente não⁸.

Assim, como o futuro é intrínseco à noção de vida, a vida em sociedade, por sua vez, envolve a produção, assunção e enfrentamento cotidiano de riscos. O ponto central da questão está na análise sobre a importância do risco para, então, buscar saber se a coletividade está ou não disposta a assumi-lo. Essa ponderação leva em conta aspectos não apenas econômicos, mas também sociais em torno do exercício da atividade⁹.

Outro aspecto a se destacar insito à sociedade de risco é a busca das pessoas por segurança, justamente para conseguir conviver melhor com as incertezas e com o medo característicos de um enfrentamento com o futuro. Ulrich Beck, estabelecendo um paralelo entre a sociedade de classes e a sociedade de riscos, diz que a força que movia a primeira poderia ser resumida na frase “tenho fome”, enquanto que para a segunda a frase cabível é “tenho medo”, justamente por conta da insegurança que contextualiza esse ambiente¹⁰.

Como concatenou Luís Rodrigues Kerbauy, o paradigma da sociedade de risco está em saber como é possível prevenir, minimizar ou canalizar os perigos e riscos produzidos como resultado da modernização, sem que essa contenção prejudique o processo evolução e também não ultrapasse os limites do que é tolerável social, psicológica e ecologicamente¹¹.

Destaca-se que Beck, por meio de sua obra, apresenta a sociedade de risco e a estuda a fundo, traçando suas características e problemáticas, porém, à época, afirmou que as pessoas ainda não viviam plenamente numa sociedade de risco – ela ainda não havia se instaurado em todas as sociedades humanas -, mas também não estavam somente inseridas em conflitos próprios das sociedades de escassez¹².

Acreditava o autor que se vivia em um período de transição, ao que se defende que hoje a

⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 40.

⁹ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43.

¹⁰ BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2011, p. 60.

¹¹ KERBAUY, Luís Rodrigues. Diretrizes para o enfrentamento dos danos advindos da Sociedade de Risco. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**. Rio Grande do Sul: Lex Magister, ano 1, nº 6, dez/jan 2012, p. 66.

¹² BECK, Ulrich. *Op. cit.*, 2011, p. 25.

transição se consumou. A grande quantidade de riscos ao redor, com a consequente organização do sistema jurídico a fim de distribuí-los e controlá-los, atesta que o que outrora foi por ele vislumbrado, se concretizou.

2.2 A INFLUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO

A globalização é uma trama de tempos e possibilidades, e trata-se de um fenômeno antigo que já promoveu e continua a promover reorganizações na vida social, uma vez que é capaz de alterar as noções de tempo e de espaço¹³.

A fim de promover a compreensão do que seja a globalização, o geógrafo Milton Santos traçou uma linha histórica acerca do seu desenvolvimento. O gérmen da tendência de mundializar as relações estaria no início do século XVI, marcado pela extensão das barreiras do comércio própria da época das Grandes Navegações. Após isso, a globalização foi avançando por saltos ao longo da expansão do capitalismo, ganhando corpo a partir das transformações sofridas pela relação do homem com a natureza¹⁴.

O geógrafo pontua que principalmente com o fim da Segunda Guerra Mundial, acelerou-se o processo de artificialização da natureza, promovendo a substituição dos objetos naturais por objetos científicos, fabricados, técnicos, repletos de informação. Nesse contexto a noção de globalização ganha força se apresentando como “um meio técnico-científico informacional que tende a se superpor, em todos os lugares, ainda que diferentemente, a qualquer outra forma de organização do meio geográfico”¹⁵.

Falar em globalização significa discutir um sistema que busca aproximar as nações com o estabelecimento de uma espécie de economia global para os mercados, e esse sistema teve sua expansão amplamente propiciada pelo surgimento do Estado Neoliberal. É importante destacar que apesar da maior ênfase para o aspecto da integração econômica, a globalização também envolve a integração política e cultural entre as nações, com o devido respeito à

¹³ BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. **Redes Sociais na Internet e Direito: a proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 80.

¹⁴ SANTOS, Milton; ARROYO Mônica. Globalização, Regionalização. *In: Indústria e globalização da economia*. Brasília: Sesi-DN, 1997, p. 57. Disponível em: < http://miltonsantos.com.br/site/wp-content/uploads/2011/08/Globalizacao-regional-a-proposta-do-mercosul_MiltonSantos_MonicaArroyo_1977.pdf>. Acesso em: 03 maio 2014.

¹⁵ *Ibidem, loc.cit.*

soberania nacional¹⁶.

Não se está diante de um fenômeno unidimensional, mas sim de uma complexa rede de interações e influências, que vai muito além da aceleração dos processos econômicos. “É uma mutação que se precipita sobre nós numa velocidade vertiginosa, quase sem dar-mos conta de sua existência. E nada, nada escapará à sua influência”¹⁷.

Apesar dos benefícios que o maior contato entre as nações traz para a humanidade como um todo, com o desenvolvimento de uma economia interligada e com a facilitação da comunicação e da difusão de oportunidades, não se pode perder de vista que a globalização é um fenômeno extremamente contraditório. São verificáveis aspectos negativos e positivos, tal qual uma moeda, com suas duas faces.

O já referido escritor Milton Santos, entendendo o caráter complexo e contraditório da globalização, defende que esta pode se apresentar como fábula, como perversidade e como possibilidade. Sua análise começa a partir do reconhecimento de que se vive em um mundo confuso e confusamente percebido e de que a história humana é a responsável pela criação da torre de babel própria da era globalizada¹⁸.

O mundo globalizado visto como fábula é repleto de fantasias. O geógrafo entende como sendo mito, por exemplo, a ideia de aldeia global, a fim de fazer crer que a difusão em tempo real de notícias realmente informa – quando tal não é verdade –, assim como também seria uma fábula a defesa pela uniformidade quando, na realidade, o mundo se torna menos unido aprofundando as diferenças locais¹⁹.

A percepção da globalização como perversidade, por sua vez, é o que há de mais real no entendimento do escritor, segundo o qual, para a maior parte das pessoas, a globalização acaba por ser uma fábrica de perversidade. Como situações que reforçam essa noção, tem-se o aumento da pobreza, a perda da qualidade de vida, a inacessibilidade cada vez maior da educação de qualidade, além dos males ditos espirituais, como o egoísmo e a corrupção, ao que Milton Santos prega que cada uma dessas mazelas pode ser imputada ao processo de

¹⁶ SOUSA, Andréia Nádia Lima de. Globalização: origem e evolução. **Caderno de estudos Ciência e Empresa da Faculdade das Atividades Empresariais de Teresina**. Ano 8, n.1, Jan./2011, p. 2-4. Disponível em <<http://www.faete.edu.br/revista/Artigo%20Andreia%20Nadia%20Globalizacao%20ABNT.pdf>>. Acesso em: 26 Abr. 2014.

¹⁷ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e Direitos Humanos**. 1 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p.20.

¹⁸ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 20 ed. Rio de Janeiro: Record, 2011, p.17.

¹⁹ *Ibidem*, p. 18-19.

globalização, mesmo que indiretamente²⁰.

Mais otimista é, no entanto, a percepção da globalização como possibilidade, em uma análise de como o mundo pode ser. Nesse ponto reside a expectativa por uma globalização mais humana partindo do que já se constata na realidade fática, como, por exemplo, a notória mistura de raças, culturas e gostos em todos os continentes, assim como o fato do homem poder constatar um universalismo empírico, tangível. Essa noção implica em utilizar o que de positivo a globalização proporciona para se construir um novo discurso que seja mais inclusivo²¹.

Ainda dentro da lógica das questões conflitantes que envolvem a globalização, tem-se que, por um lado, é possível perceber enorme contato entre as nações por meio de instrumentos como a Internet e mesmo a interação com relação a aspectos econômicos, com a criação de blocos que visam promover o avanço dos países integrantes. Por outro lado, é possível citar, a título de exemplo, o paradoxo que pode ser suscitado ao analisar a dificuldade de mexicanos para atravessar a fronteira americana a despeito de ambos fazerem parte do NAFTA. Claro que se trata de um exemplo singelo e que envolveria a discussão de aspectos outros relacionados à soberania e controle que um país exerce sobre quem entra ou não em seu território, porém, é um exemplo capaz de demonstrar que a globalização não promove a implementação de um mundo realmente unitário e sem fronteiras.

Pela característica marcante de potencializar as relações entre as nações, a globalização acaba por gerar um ambiente onde os riscos são maiores do que se simplesmente cada país ficasse em *status* solitário. Aqui está o ponto de encontro que possibilita constatar a influência que a globalização exerce sobre a dita sociedade de risco, uma vez que o ambiente globalizado se apresenta como o contexto ideal para o desenvolvimento de tal sociedade.

Dado o recorte monográfico, dentre os diversos aspectos que permeiam a globalização, destaca-se a tecnologia como um dos elementos capazes de justificar a qualificação da sociedade atual como sendo de risco. O ambiente propício ao avanço tecnológico é também um ambiente repleto de perigos, uma vez que o novo, o desconhecido, pode trazer consigo a matriz para o surgimento de danos outrora não vislumbrados, despontando como novos problemas a ser enfrentados.

Como dito alhures, a globalização cria e recria espaços na sociedade e um desses espaços é o

²⁰ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal. 20 ed. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 19-20.

²¹ *Ibidem*, p. 20-21.

chamado ciberespaço, que corresponde a um ambiente criado pela Internet, que, por sua vez, pode ser considerada “filha” do fenômeno da globalização.

Ricardo de Macedo Menna Barreto, tratando acerca da Internet, traz que ela “possui papel fundamental, quebrando barreiras geográficas e conectando distantes partes do globo, propiciando não apenas a construção de identidades, mas permitindo nos últimos anos também a formação de redes e comunidades em um ciberespaço”²².

Como produto que é de um mundo globalizado, a Internet também apresenta suas contradições, reforçando ainda mais a afirmação de que se vive na sociedade de risco. Ao mesmo tempo em que é celebrada por representar a quebra das barreiras do conhecimento, ela mostra sua face indesejável quando, por exemplo, acaba por se perfazer em oferta de atraentes oportunidades para o descumprimento da lei, de maneira que nesse meio as pessoas podem praticar ilícitos tradicionais de formas não tradicionais²³.

Mesmo com os prós e contras, no ciberespaço o mundo físico se virtualiza e diversos mundos virtuais são gerados, de forma que a Internet permite essa desterritorialização. Em um verdadeiro “dilúvio informacional” as pessoas se conectam, os limites geográficos são deixados de lado, pensamentos, imagens e sons são a todo instante compartilhados, sendo um ambiente no qual a globalização se mostra com grande fulgor e onde pessoas reais relacionam-se com outras e com inúmeros “Avatares”²⁴. Trata-se, sem dúvidas, de um local onde a palavra de ordem é interação, característica marcante do processo globalizatório.

Aliada à análise sob o plano macroscópico feita até então, vem à tona o que o Ulrich Beck chamou de “globalização dos riscos civilizacionais”. Beck esclarece que com a ampliação dos riscos da modernização, as diferenças e fronteiras sociais são relativizadas, de forma a transparecer o efeito equalizador dos riscos diante do universalismo das ameaças²⁵.

Tratando do que ocorre no mundo quando as nações acabam precisando se unir para superar os riscos que atingem a todos, Beck esclarece que

[...] a sociedade de risco, na dinâmica de ameaça que ela desencadeia, impugna tanto as fronteiras nacionais quanto as fronteiras dos sistemas federais e dos blocos econômicos.
[...]

²² BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. **Redes Sociais na Internet e Direito: a proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 75.

²³ BATISTA, Carlos Roberto Rodrigues. A globalização da Internet e a proliferação do crime de informática. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília, v. 1, n. 14, Jul./Dez. 2000, p. 51.

²⁴ BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. *Op.cit.*, p. 69 e 72.

²⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 43.

O potencial de autoameaça civilizacional desenvolvido no processo de modernização faz assim com que também a utopia de uma sociedade global se torne um pouco mais real, ou ao menos mais premente. Exatamente como quando as pessoas do século XIX precisaram, sob pena de naufragar economicamente, aprender a submeter-se às condições da sociedade industrial e do trabalho assalariado – da mesma forma, elas precisarão, hoje e no futuro, sob o açoitado do apocalipse civilizacional, aprender a sentar-se à mesa e a encontrar e a implementar soluções para as ameaças autoinflingidas capazes de atravessar todas as fronteiras²⁶.

Assim, percebe-se que tudo dito até aqui está intimamente correlacionado, de forma que o mundo globalizado, com seus objetivos integracionais potencializados pela tecnologia, se mostra como pano de fundo ideal para o desenvolvimento da sociedade de risco. Esta, por sua vez, com o perdão da redundância, promove a globalização dos seus riscos através de um sistema de distribuição que atinge a todos por meio do já referido efeito bumerangue.

Diante do exposto, tem-se que a globalização exerce papel de destaque no mundo pós-moderno, no qual foi deixado de lado o universo das certezas, próprias de um período de grande valorização da Razão, para ganhar destaque um mundo de incertezas, de indeterminação. Nesse contexto, se sobressai a importância de ter um Direito também pós-moderno, flexível, que seja de coordenação e não de subordinação, assumindo papel estruturante na busca de soluções para os conflitos que surgem, inevitavelmente, com os avanços²⁷.

Nesse sentido, é possível compreender que “é o processo de globalização, entendido de modo ampliado, que vem gerando mudanças nas configurações econômicas, políticas, sociais e culturais na atualidade, mudanças essas que têm sido objeto do chamado pensamento pós-moderno”²⁸.

2.3 A ADEQUAÇÃO À CONTEMPORANEIDADE

À época das constatações de Ulrich Beck ainda não se tinha muitas discussões envolvendo a

²⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 57-58.

²⁷ ABREU, Mateus Barbosa Gomes. O futuro do Direito em tempos de globalização: algumas propostas para o Séc. XXI. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire *et al.* (Coords.). **Estudos aplicados de Filosofia do Direito**. Salvador: Juspodivm, 2012, p.326-327.

²⁸ PASSOS, Eridam. Globalização, pós-modernidade e a questão política. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). **Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 66.

Explicando o que seja o pensamento pós-moderno, Eridam Passos traz que “é todo pensamento gerado na crise da modernidade, que quer dar conta das novas configurações institucionais da contemporaneidade [...] O pensamento gerado na ‘crise da modernidade’, quando se percebe que ela não foi capaz de cumprir suas promessas (sejam as promessas de igualdade, de liberdade, de paz e de controle da natureza) se autodenomina de ‘pós-moderno’.” (PASSOS, Eridam. *Op. cit.*, 2002, p. 67-68)

Internet, ou seu potencial nocivo com os diversos meios de comunicação que dela se valem na atualidade. Porém, uma simples análise pautada no senso comum é capaz de inserir a Internet no rol dos elementos que produzem, em larga escala, riscos.

As preocupações do escritor estavam voltadas para os efeitos mutagênicos da radioatividade, os metais pesados presentes nos peixes, as toxinas e venenos na agricultura, a concentração de chumbo nas crianças, a poluição invisível da atmosfera e afins²⁹. Por óbvio que são preocupações constantes nas sociedades, porém, com as novas questões evidenciadas no tempo presente, faz-se mister promover a adequação à contemporaneidade.

Tal adequação é feita sem maiores problemas, porque apesar de novos riscos surgirem e antigos serem potencializados, as bases do estudo desenvolvido por Ulrich Beck continuam sendo aplicadas. Ocorre o que ele mesmo chamou de “metamorfoses sociais dos perigos”³⁰, de forma que há uma contínua transformação e renovação dos perigos ao longo da história, mas eles estão sempre lá, para serem negados, absorvidos ou enfrentados.

Uma vez tendo ocorrido a inserção na sociedade de risco é praticamente impossível abandoná-la, pois a produção de riscos é consequência natural da modernização. Daí a necessidade de uma sociedade que reconheça isso e busque se moldar de forma a promover a distribuição desses produtos necessários ao progresso, dando voz ao princípio do *in dubio pro progressu*³¹.

O aludido autor entendia que os riscos são inesgotáveis por exprimirem um componente que é, sobretudo, futuro³², e por meio dessa afirmação deixou margem para aplicação dos seus estudos em face de riscos que ainda não eram discutidos no momento da história em que estava inserido. Por conta dessa abertura em sua teoria, é possível o enquadramento na noção de sociedade de risco das questões envolvendo a Internet, sendo este o objeto de ênfase na presente, dado o enfoque nas Redes Sociais.

Nessa adequação pretendida da sociedade de risco pensada em 1986 aos dias de hoje, o Direito exerce papel de imensurável importância. Como instrumento de controle social que é, ele segue buscando prever os riscos e administrar os efeitos causados quando deixam de ser um elemento futuro e se materializam podendo causar danos. Por sua vez, os danos são entendidos como verdadeiros efeitos colaterais do progresso como que em um “modelo básico

²⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 25 *passim*.

³⁰ *Ibidem*, p. 10.

³¹ *Ibidem*, p. 41.

³² *Ibidem*, p. 39.

– modernização como causa, dano como efeito colateral”³³.

Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da *globalidade de seu alcance* (ser humano, fauna, flora) e de suas causas *modernas*. São riscos da modernização. São um *produto em série* do maquinário industrial do progresso, sendo *sistematicamente* agravados com seu desenvolvimento ulterior³⁴.

Constata-se, assim, a forte relação que existe entre o progresso e o sofrer riscos, e essa é uma das marcas do que Beck chamou acima de riscos da modernização.

2.3.1 Novos riscos e novos danos

Ao descrever os “novos riscos” da sua época, Ulrich Beck trouxe que

Eles já não podem – como os riscos fabris e profissionais do século XIX e da primeira metade do século XX – ser limitados geograficamente ou em função de grupos específicos. Pelo contrário, contêm uma tendência globalizante que tanto se estende à produção e reprodução como atravessa fronteiras nacionais e, nesse sentido, com um novo tipo de dinâmica social e política, faz surgir ameaças globais supranacionais e independentes de classe³⁵.

Na transcrição acima foi dito “eles já não podem” e hoje é possível afirmar que “eles continuam não podendo”, de forma que a descrição feita naquele momento histórico se estende ao presente, aos riscos que podem ser ditos novos na atualidade.

Há uma forte relação entre os riscos e os danos, pois na grande maioria das vezes os danos ocorrem quando riscos deixam de ser apenas riscos e se concretizam, ficando de lado o elemento eminentemente futuro e passando a compor o presente.

As situações capazes de ensejarem danos foram aumentando com o passar do tempo. Inicialmente apenas o dano patrimonial era reconhecido e recebia tutela jurídica, sendo de fácil avaliação pecuniária.

Esse dano patrimonial, que causa prejuízos apenas de ordem econômica, se divide ainda em dano emergente, que corresponde àquilo que efetivamente a pessoa perdeu em decorrência do dano, e em lucro cessante que diz respeito ao que a pessoa razoavelmente deixou de ganhar, sendo de grande importância a aplicação do princípio da razoabilidade quando do estabelecimento dos lucros cessantes. Nesse sentido pontua Sergio Cavalieri Filho que, “razoável é tudo aquilo que seja, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional; é

³³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 37.

³⁴ *Ibidem*, p. 26.

³⁵ *Ibidem*, p. 16.

aquilo que o bom senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos”³⁶.

A trajetória dos danos extrapatrimoniais, por sua vez, sempre foi marcada por muitas polêmicas e sua existência nem sempre foi reconhecida. Sérgio Severo traçou o caminho de evolução do reconhecimento de tais danos, começando pela corrente negativista, defendida por juristas que não viam guarida para os danos extrapatrimoniais na legislação civil, passando por correntes mistas/ecléticas, que condicionavam a indenização dos danos extrapatrimoniais a, por exemplo, serem eles causa eficiente de dano material ou serem originados de delito criminal, até, finalmente, desembocar na corrente favorável³⁷.

Destaca ainda Severo que o processo de reconhecimento da autonomia de tais danos começou no século XIX e que, especificamente no Brasil, esse movimento se fez notar no século passado já sendo questão pacífica na atualidade, principalmente após a Constituição Federal de 1988 que deu uma ênfase especial à importância da pessoa humana. Dessa forma, nas palavras do autor, “as restrições opostas à reparabilidade dos danos extrapatrimoniais são vencidas, como barreiras de areia tentando conter o fluxo de águas”³⁸.

Hoje, foram superados os problemas em torno da autonomia dos danos extrapatrimoniais. Inclusive, a Constituição Federal faz menção expressa à satisfação dos danos morais no art. 5º, V, ao trazer que “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”³⁹.

O referido processo de reconhecimento e autonomia dos danos que vão além do patrimônio é importante por ter representado o primeiro passo para que houvesse uma ampliação das hipóteses de ressarcibilidade, o que possibilita a discussão sobre novos danos hoje. Com o aumento legitimado das situações aptas a causar danos, mormente danos morais, o sistema jurídico precisou se estruturar de forma a oferecer respostas às novas demandas sociais.

Anderson Schreiber dedicou parte da sua obra sobre os novos paradigmas da Responsabilidade Civil para tratar dos aclamados novos danos. Destacou que não há uma classificação sistemática deles e que não é possível exauri-los, mas apenas descrever ilustrativamente alguns exemplos⁴⁰.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 95.

³⁷ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 60-74.

³⁸ *Ibidem*, p. 73.

³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2014.

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 92.

São, então, apresentados, levando em consideração não apenas o Brasil, exemplos de novos danos, como o dano à vida de relação, o dano por redução de capacidade laboral genética, o dano sexual, o dano existencial de emissão de ruído, o dano de processo lento, o dano de abandono afetivo, o dano de brincadeiras cruéis, o dano proveniente do rompimento do noivado etc.⁴¹.

Schreiber faz uma importante análise ao trazer que de fato alguns desses danos são realmente novos, por atingirem interesses merecedores de tutela até então não previstos na legislação, porém, algumas dessas espécies simplesmente correspondem a novos meios de lesar que provocam danos que podem ser considerados antigos. Como exemplo o autor traz que quem tem uma foto vexatoriamente transmitida por aparelhos celulares sofre, em verdade, o mesmo dano à honra que há muito se repara, a despeito da divulgação ter se dado por um meio mais sofisticado e lesivo⁴².

Nesse contexto, a Internet se apresenta como mais um ambiente no qual muitos dos já conhecidos e consolidados danos podem ser praticados, além de outros poderem surgir. Diz respeito a um meio bastante nocivo, dada a velocidade na disseminação dos dados, podendo causar prejuízos irreparáveis e de difícil dimensionamento, uma vez que o alcance daquilo que é “postado” no meio virtual ignora as barreiras geográficas existentes e, muitas vezes, foge ao controle.

Trata-se de um ambiente que comporta, sem dúvidas, uma série de paradoxos, de maneira que um dos maiores desafios da atualidade passou a ser a busca pelo equilíbrio entre o desenvolvimento e a garantia de proteção aos direitos dos usuários da *Web*. Nessa busca é mister sempre lembrar que “o cidadão do mundo virtual é, antes de tudo, um cidadão do mundo real”⁴³.

2.3.2 O papel da Responsabilidade no processo de adequação

Nas palavras de José de Aguiar Dias “toda manifestação da atividade humana traz em si o

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 93 e 94.

⁴² *Ibidem*, p. 101.

⁴³ VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jefferson Luiz. **Direito e Internet: Contrato Eletrônico e Responsabilidade Civil na Web**. 2 ed. São Paulo: Lemos & Cruz, 2014, p.234.

problema da responsabilidade”⁴⁴. A responsabilidade faz parte do cotidiano de todas as pessoas, uma vez que, para além de poder ter repercussões jurídicas, destaca-se seu aspecto sociológico, revelando que não é um fenômeno exclusivamente jurídico. Dessa forma, de todo comportamento decorre responsabilidade, com a diferença que, se não tiver havido violação de norma ou obrigação, a verificação da ação praticada não acarretará sanção⁴⁵.

É possível fazer uma primeira divisão da responsabilidade em responsabilidade jurídica e moral. Esta possui um domínio muito mais amplo que o Direito e não precisa da ocorrência de prejuízo para que se verifique, bastando apenas simples questionamentos ao estado de espírito do agente. Aquela, por sua vez, só pode ser cogitada diante de algum prejuízo e apresenta um fim utilitário na busca por manter a ordem e assegurar o equilíbrio e harmonia na relação entre as pessoas. Frise-se, no entanto, que não há entre elas separação estanque, pois a responsabilidade pode resultar de violação de ambos os domínios ao mesmo tempo⁴⁶.

Ao voltar a atenção para a responsabilidade jurídica tem-se que ela passa por especificações se adequando às diferentes áreas do Direito, sendo possível falar em Responsabilidade Civil, Penal, Administrativa etc. Todas elas são de extrema importância no controle das questões sociais na sociedade de risco.

Por meio da responsabilidade são os homens informados de que não podem atuar da forma como bem entenderem restando isentos de qualquer reprimenda pelos meios de controle social. Antes, terão que internalizar a noção de que a violação de normas e obrigações traz a reboque consequências, que podem ir desde o desconforto na consciência – próprio da ideia de responsabilidade moral – até situações mais sérias, como ter de enfrentar a prisão ou arcar com os custos de uma indenização.

Em uma sociedade dita de risco, na qual a incerteza reina com a superprodução de riscos os mais variados, e que são frutos da atuação do próprio ser humano, faz-se mister atribuir a devida valorização ao instituto da responsabilidade em suas múltiplas facetas.

No que diz respeito especificamente à Responsabilidade Civil, alvo da construção monográfica, “o que se tem em mira é a violação do dever geral de não lesar o patrimônio alheio, em seus aspectos econômicos e morais”⁴⁷. Essa noção é contemplada pela

⁴⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 4.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 4-5.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 6-7.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade Civil: noções gerais. Responsabilidade objetiva e subjetiva. *In*: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria.

antiguíssima máxima do *neminem laedere*, cunhada no direito romano.

A compreensão da Responsabilidade Civil perpassa uma forte relação com a noção de obrigação, apesar de com esta não se confundir. Pode tal raciocínio ser esquematizado da seguinte forma:

Enquanto a obrigação se apresenta como um dever jurídico primário, a responsabilidade se delinea como dever jurídico secundário. Em outras palavras, implica dizer que somente a partir da violação de uma obrigação legal ou contratual é que surge uma nova imposição jurídica, denominada de sucessiva (ou secundária), que é a de indenizar em razão do dano sofrido⁴⁸.

Isso se verifica porque a responsabilidade sempre corresponde a efeito de algum fato jurídico. A fim de clarificar a relação entre inadimplemento das obrigações, dano e responsabilidade, o autor Maurício Requião pontua que dizem respeito a eventos distintos do universo jurídico. Assim, o inadimplemento e o dano correspondem a fatos jurídicos, enquanto que a responsabilidade é “um efeito decorrente de um fato causador de dano imputável a algum sujeito, que pode ter sido tanto a violação de um dever (ato ilícito), como uma conduta autorizada pelo ordenamento, mas que gere o dever de indenizar (ato-fato indenizativo)”⁴⁹.

A Responsabilidade Civil possui um caráter dinâmico e maleável que é fundamental para o processo de adequação então discutido, de forma que, mesmo que em ritmo mais lento do que o dos acontecimentos fáticos, ela irá se ajustando às necessidades da época. Assim, o Direito estará, por meio da Responsabilidade Civil, buscando se movimentar a fim de fornecer respostas adequadas para as novas demandas sociais.

A sociedade de risco precisa ser, por assim dizer, assessorada por um instituto que não seja estático e que saiba, como que se valendo de um sistema de freios e contrapesos, dar abertura para englobar novas situações, mas, ao mesmo tempo, impor limites a fim de não banalizar os recursos jurídicos postos à disposição.

Como tudo aquilo que envolve o Direito, a Responsabilidade Civil já passou por diferentes momentos. O instituto já se apresentou com uma feição extremamente individualista, porém, tal noção se mostrou incompatível com os clamores de um mundo que sofre os efeitos da globalização.

Revelando um pouco das transformações ocorridas no âmbito da Responsabilidade Civil, José

Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011, p. 18.

⁴⁸ RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 48.

⁴⁹ REQUIÃO, Maurício. Inadimplemento, dano e responsabilidade: estudo da relação. In: **Teses da Faculdade Baiana de Direito**: volume 5. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013, p. 112.

de Aguiar Dias trouxe que

[...] O centro da preocupação em matéria de responsabilidade civil deixou de ser o homem, isoladamente considerado, para ser o homem coletiva e socialmente considerado, inserido num mundo cujas fronteiras vão desaparecendo, para o bem e para o mal, por força da rápida e surpreendente capacidade tecnológica de alterar nossos hábitos, nossos direitos e deveres, nossa cultura, enfim, o mundo em que vivemos⁵⁰.

Especificamente no que diz respeito ao sistema jurídico brasileiro, houve um tempo no qual o sistema de Responsabilidade Civil era bem simplório, se resumindo, basicamente, ao artigo 159 do Código Civil de 1916, segundo o qual

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553⁵¹.

O artigo transcrito consagrava a responsabilidade subjetiva com a comprovação da culpa, se perfazendo em verdadeira cláusula geral. A culpa se mostrava como “vedete” da Responsabilidade Civil, sendo poucas as hipóteses de responsabilidade objetiva⁵².

Porém, o instituto passou por uma grande evolução no decorrer do século XX, de forma a ser possível afirmar que “os domínios da Responsabilidade Civil foram ampliados na mesma proporção em que se multiplicaram os inventos e outras conquistas da atividade humana, com o enorme manancial das descobertas científicas e tecnológicas”⁵³.

Atualmente, as noções elementares acerca da Responsabilidade Civil, em termos legais, são extraídas da interpretação conjunta dos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002⁵⁴. Resta pacífica a possibilidade de se falar em responsabilização subjetiva e objetiva e destaca-se a forte, porém não imprescindível, relação do instituto com a prática de ilícitos.

Felipe Peixoto Braga Neto, tratando da aludida relação entre a responsabilidade e o ilícito, destaca que o ilícito pode ter outros efeitos além do dever de indenizar os danos causados – efeito basilar da Responsabilidade Civil – sendo importante perceber que atos lícitos também

⁵⁰ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 50-51.

⁵¹ BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 2.

⁵³ *Ibidem, loc. cit.*

⁵⁴ Aduzem os mencionados artigos:

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

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

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.” (BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 maio 2014)

podem gerar responsabilização civil, a exemplo dos atos praticados em estado de necessidade⁵⁵ (entendimento ratificado pelo disposto no art. 188 c/c art. 929 do Código civil)⁵⁶.

O breve e resumido relato feito sobre a responsabilidade como um todo, e mais especificamente sobre a civil, intentou reforçar a demonstração da sua importância na regência das relações sociais. O respeito às disposições do instituto – que evoluíram e continuam a evoluir no tempo – é essencial para que seja possível viver bem na sociedade de risco. É importante ter em mente que não apenas os riscos precisam ser distribuídos, mas também a responsabilidade decorrente da concretização deles no mundo dos fatos, logo, inquestionável é a ampla e necessária atuação desse campo do Direito aqui festejado.

2.4 OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E AS REDES SOCIAIS

Vive-se em uma época na qual é praticamente impossível não estar exposto à tecnologia. A menos que alguém pretenda se mudar para algum lugar inóspito, tentando viver de forma rudimentar sem acesso a nenhum dos recursos proporcionados pelos avanços tecnológicos, é muito difícil não lidar com a tecnologia no dia-a-dia. Ela sempre estará presente, desde o simples ato de verificar as horas em um relógio digital, até poder se conectar com pessoas em qualquer lugar do globo em tempo real.

Constata-se uma espécie de utopia tecnológica, alimentada pelo pensamento próprio da pós-modernidade e tendo por força propulsora a ideologia da onipotência, lastreada em uma convicção de que não há obstáculo que não possa ser superado pela tecnologia desenvolvida pelo homem⁵⁷. Sem dúvidas, a mencionada utopia se deve ao poder que o manejo da tecnologia oferece para as pessoas.

Os avanços tecnológicos se espriam pelas mais diversas áreas da vida, atingindo a Medicina,

⁵⁵ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 10-11.

⁵⁶ Art. 188: “Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

Art. 929: “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.” (BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 maio 2014)

⁵⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Globalização, Direito e Política. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). **Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 132.

o Direito, a Biomedicina, as formas de comunicação, a transmissão das informações, enfim, eles fazem parte da história da evolução do próprio homem.

A chamada quarta era dos direitos enfatiza as conquistas da Biomedicina e das Telecomunicações, área fortemente aprimorada pelas novas tecnologias⁵⁸. Juntamente com a evolução têm-se os impactos no Direito em suas mais diversas ramificações, que se veem precisando de atualização para solucionar os novos problemas que surgem e que não podem ficar sem tratamento sob a escusa de que não há disciplina legal sobre determinado aspecto. Nesse ponto, de grande importância é a atuação do Poder Judiciário na busca pelo deslinde de situações que ainda carecem de tratamento advindo do Poder Legislativo.

Especificamente no que diz respeito ao âmbito das Telecomunicações, vem se consolidando a terminologia “Direito Cibernético”, que diz respeito ao espaço virtual, fortemente relacionado com outra expressão também consolidada, qual seja: “sociedade da informação”⁵⁹.

Tais expressões são próprias de uma época na qual se festeja muito todos os avanços promovidos pela tecnologia. Porém, assim como visto ao tratar da globalização, não existem apenas aspectos positivos, pois as novas tecnologias podem representar também novas formas de violar direitos e causar danos, ou mesmo potencializar violações há muito praticadas. Dessa forma, “num mundo globalizado, os benefícios das tecnologias existentes precisam ser vistos com cautela, ante os abusos cometidos por alguns indivíduos”⁶⁰.

2.4.1 As Redes Sociais

As Redes Sociais são frutos da Internet, que possibilitaram a interação entre as pessoas de maneira outrora não experimentada, vencendo as barreiras geográficas e facilitando o contato e a troca de experiências, conectando as pessoas, ligando-as umas às outras.

Raquel Recuero, estudiosa das Redes Sociais, em sua obra “Redes Sociais na Internet” traz que uma Rede Social se define com a junção de dois elementos: atores, que são as pessoas – individualmente ou organizadas em grupos ou instituições – que são os verdadeiros nós da

⁵⁸ CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. Pessoa natural e novas tecnologias. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, vol. 27, jan./jun. 2011, p.46.

⁵⁹ *Ibidem*, p.49-50.

⁶⁰ SLAVOV, Bárbara. Colisão dos direitos fundamentais com as novas tecnologias. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 40, out./dez. 2009, p. 61.

rede, e suas conexões, que dizem respeito às interações travadas⁶¹.

Uma rede, assim, é uma metáfora para observar os padrões de conexão de um grupo social, a partir das conexões estabelecidas entre os diversos atores. A abordagem de rede tem, assim, seu foco na estrutura social, onde não é possível isolar os atores sociais e nem suas conexões⁶².

Percebe-se que as Redes Sociais envolvem uma dinâmica de relações entre pessoas e grupos no ambiente virtual⁶³. Tais relações, em verdade, refletem o que se constata na sociedade, na realidade física, por assim dizer, de forma que, assim como as pessoas fora do ambiente virtual se agrupam em torno de interesses comuns, o mesmo ocorre no ambiente aqui estudado.

No contexto das Redes Sociais três elementos podem ser enfatizados, sendo eles a cooperação, a competição e o conflito. A cooperação é elemento de constituição das estruturas sociais, de forma que sem um agir organizado a Rede Social não será uma realidade. A competição, por sua vez, é uma espécie de luta não hostil na qual os atores tentam suplantar uns aos outros fazendo prevalecer suas posições. Já o conflito é hostil, podendo vir a provocar a ruptura do laço social. Esses três elementos representam formas diferentes de interação verificáveis no meio próprio das Redes Sociais⁶⁴.

Outra característica marcante das Redes Sociais diz respeito à dinâmica de agregação e ruptura, a que os estudiosos chamam de clusterização. É por meio dessa dinâmica que grupos com públicos específicos são criados e que pedidos de amizade são desfeitos quando se prolifera o conflito⁶⁵.

A autora chama ainda atenção, como sendo outro comportamento emergente típico das Redes Sociais, para os processos de adaptação e de auto-organização que revelam que os sistemas sociais e as redes formadas na *Web* estão em contínua mudança. Dessa forma, a capacidade de se adaptar e de se organizar se mostram como fundamentais para manter o equilíbrio, a fim de que a rede não deixe de existir em face das mudanças que lhe sobrevêm⁶⁶.

Por emergência, frise-se, entende-se o importante aspecto da dinâmica das Redes Sociais que envolvem o aparecimento frequente de padrões de comportamento. Nesse sentido destaca-se

⁶¹ RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009, p.24. Disponível em: <<http://www.ichca.ufal.br/graduacao/biblioteconomia/v1/wp-content/uploads/redessociaisnainternetrecuero.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2014.

⁶² *Ibidem*, p.24.

⁶³ BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. **Redes Sociais na Internet e Direito: a proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 101.

⁶⁴ RECUERO, Raquel. *Op. cit.*, 2009, p. 81-82.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 86-87.

⁶⁶ *Ibidem*, p.87-89.

que as “redes sociais na Internet apresentam comportamentos emergentes com frequência, como a propagação de memes, a adaptação e a auto-organização, bem como o aparecimento de mundos pequenos e clusters”⁶⁷.

As Redes Sociais podem ser utilizadas com diversos fins. É possível que configurem instrumentos de estudo, de trabalho, além de dizerem respeito a um ambiente propício à liberdade de expressão, e nesse ponto destaca-se a necessidade de zelar para que tal liberdade se manifeste dentro dos ditames do ordenamento jurídico amplamente considerado.

Chama-se atenção para o fato de que os direitos fundamentais e, mais especificamente os direitos da personalidade, são mais facilmente violados no meio virtual e a violação pode alcançar uma repercussão muito maior do que a das ofensas feitas presencialmente.

Ocorre que um dos maiores atrativos das Redes Sociais corresponde a uma prática proibida expressamente pela Constituição Federal, qual seja a manifestação do pensamento através do anonimato⁶⁸. Os mecanismos atuais, próprios do desenvolvimento da ciência da computação, não se mostram mais suficientes para garantir a localização da pessoa que lançou determinado conteúdo na Internet, o que corrobora na formação de um sentimento de impunidade naqueles que enxergam o ambiente virtual como “terra de ninguém”⁶⁹.

Porém nessa “terra de ninguém” diariamente muitos “alguéns” são vilipendiados e sofrem danos, muitas vezes irreparáveis, que são capazes de abalar o patrimônio bem como a esfera moral.

A Internet se transforma em uma encruzilhada de discursos e de sujeitos que, paradoxalmente, tem como principal traço o anonimato. Terra de todos e de ninguém, imagens desautorizadas: captadas sem autorização, não possuem autor, não responsabilizam ninguém, funcionam autonomamente⁷⁰.

Surge o questionamento sobre o que pode ser feito quando o maior atrativo se perfaz também

⁶⁷ RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009, p.90. Disponível em: < <http://www.ichca.ufal.br/graduacao/biblioteconomia/v1/wp-content/uploads/redessociaisnainternetrecuero.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2014.

Por *Cluster* entende-se “o nome dado a um sistema que relaciona dois ou mais computadores para que estes trabalhem de maneira conjunta no intuito de processar uma tarefa. Estas máquinas dividem entre si as atividades de processamento e executam este trabalho de maneira simultânea.” (ALECRIM, Emerson. **Cluster**: conceito e características. Disponível em < <http://www.infowester.com/cluster.php>>. Acesso em: 06 maio 2014)

Porém, aqui entende-se que a autora manejou essa expressão no sentido de formação de comunidades, e não com o rigor técnico do conceito.

⁶⁸ A Magna Carta é de clareza solar ao dispor em seu art. 5º, IV que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 maio 2014.

⁶⁹ SLAVOV, Bárbara. Colisão dos direitos fundamentais com as novas tecnologias. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 40, out./dez. 2009, p. 63.

⁷⁰ *Ibidem*, loc. cit.

no maior problema. Mecanismos que, a priori, foram desenvolvidos tentando produzir apenas benefícios são desvirtuados e utilizados como verdadeiras armas com enorme potencial lesivo. Frise-se que o argumento de que a pessoa se cadastrou na Rede Social porque quis não é em nada satisfatório, pois, nem sequer é preciso estar na rede para sofrer os efeitos negativos de informações nela divulgada.

As práticas lesivas ocorrem no mundo virtual, mas os efeitos se estendem ao mundo real e as consequências podem ser devastadoras. Aqui não se aplica a noção de que o que acontece na Rede Social, permanece apenas lá, antes, na verdade, o que acontece nesse meio pode obter alcance até mesmo global e afetar os mais diversos aspectos da vida das pessoas fora do ciberespaço.

Constata-se que se está diante de uma questão que envolve a análise de aspectos complexos. O meio das Redes Sociais se mostra, de fato, como sendo paradoxal. Por um lado, é inegável a produção constante de benefícios, com o surgimento de recursos que facilitam a vida das pessoas e trazem inúmeras comodidades. Mas, também são produzidos malefícios, tendo em vista a aclamada liberdade do universo da Internet, que muitas vezes parece não ter limites ou, pelo menos, percebe-se que os limites são facilmente driblados com maestria.

Mais adiante se analisará detidamente como têm sido solucionados os problemas advindos do mau uso das Redes Sociais em situações nas quais danos são provocados. Suscitam-se discussões em torno da necessidade de reparar os ofendidos, buscando analisar sobre quem deve recair tal responsabilidade.

Por ora, pretendeu-se oferecer uma noção geral sobre as Redes Sociais. Importante destacar que são muitas as redes disponíveis na *Web*, porém, para fins de recorte temático, o estudo será direcionado para três Redes Sociais de grande popularidade, quais sejam: Facebook, Youtube e Twitter.

O Facebook foi criado em 2004 pelo americano Mark Zuckerberg quando ainda estava na faculdade, tendo por foco justamente os alunos americanos que estavam saindo do segundo grau, com o objetivo de criar uma rede de contatos auxiliando nessa transição da escola para a faculdade. Inicialmente apenas pessoas de instituições reconhecidas eram aceitas como membros. Hoje não existe mais tal critério para fazer parte do Facebook que cresceu bastante,

funcionando através de perfis e grupos⁷¹.

Trata-se de um meio repleto de possibilidades, como o compartilhamento de fotos e mensagens, criação de grupos com interesses delimitados, demonstração de afinidade por postagens de outras pessoas, participação em jogos ou mesmo a simples expressão de como se está sentindo na *timeline*.

O YouTube, por sua vez, foi fundado em fevereiro de 2005, e tem por foco pessoas que queiram compartilhar vídeos ou simplesmente assistir vídeos compartilhados por outros. Em seu ambiente é possível a interação entre os usuários, por meio de comentários e avaliações que podem qualificar os vídeos conferindo a eles até cinco estrelas⁷².

Já o Twitter foi fundado por Jack Dorsey, Biz Stone e Evan Williams em 2006, e funciona como que fornecendo um serviço de microblogging, permitindo que as pessoas escrevam pequenos textos com até cento e quarenta caracteres partindo da pergunta “o que você está fazendo?”. É estruturado de forma que as pessoas são seguidas e seguem outras para que tenham acesso às suas publicações na rede⁷³.

Essas são apenas algumas poucas Redes Sociais que fazem parte do dia-a-dia de praticamente todas as pessoas, principalmente com a facilidade bem maior que se tem de acesso à Internet nos tempos hodiernos.

É cediço que o Direito precisa buscar acompanhar as mudanças sociais progressivamente. Assim sendo, diante dos conflitos que podem ocorrer por meio dessa nova forma de comunicação, é preciso analisar como o Direito tem se estruturado para atender às demandas que chegam ao Judiciário e que têm o gérmen em posturas as mais diversas adotadas nas Redes Sociais.

2.4.2 Os tipos de provedores

Ao analisar a responsabilidade das Redes Sociais que foram sucintamente descritas acima, tem-se que, observando o devido rigor técnico, está-se falando, em verdade, da

⁷¹ RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009, p. 171-172. Disponível em: <<http://www.ichca.ufal.br/graduacao/biblioteconomia/v1/wp-content/uploads/redessociaisnainternetrecuero.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2014.

⁷² YOUTUBE. **Sobre o YouTube**. Disponível em: <http://www.youtube.com/yt/about/pt-BR/>. Acesso em: 07 maio 2014.

⁷³ RECUERO, Raquel. *Op. cit.*, 2009, p. 173.

responsabilidade dos provedores. São muitos e de grande complexidade os aspectos envolvidos no funcionamento da Internet, porém, a fim de simplificar e compreender o essencial para o deslinde do problema de pesquisa é importante saber o que exatamente é um provedor e qual é o tipo de provedor consubstanciado nas Redes Sociais ora estudadas.

A compreensão sobre o que é um provedor, sem ainda ir à fundo em suas espécies, leva à necessidade de recorrer ao significado banal da palavra extraído do senso comum. Dessa forma, um provedor é aquela coisa ou aquele alguém que fornece, que providencia, algo que seja necessário.

No meio virtual temos o gênero provedores de serviços de Internet que, conforme leciona Marcel Leonardi, “é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da Internet, ou por meio dela”⁷⁴. O autor explica também que há uma confusão usual entre os tipos de provedores de serviços, e salienta que isso se deve ao fato de grande parte dos principais provedores de serviço de Internet funcionarem como mais de um tipo de provedor, por conta da evolução com o passar do tempo e com o aumento da utilização da rede⁷⁵.

Pormenorizando a questão, tem-se que são seis as espécies de provedores de serviços, de forma a termos os provedores de *backbone*, de acesso, de correio eletrônico, de hospedagem, de conteúdo e de informação. A importância em compreender a diferença conceitual entre as espécies reside no fato de que a responsabilidade das empresas é variável a depender da atividade que é exercida⁷⁶.

Começando pelos provedores de *backbone*, é cediço que eles correspondem à verdadeira espinha dorsal da Internet, sendo as pessoas jurídicas que fornecem conectividade, “vendendo acesso à sua infra-estrutura a outras empresas que, por sua vez, fazem a revenda de acesso ou hospedagem para usuários finais, ou que simplesmente utilizam a rede para fins institucionais internos”⁷⁷. Correspondem, portanto, à matriz mais distante dos usuários, porém a mais importante para propiciar o acesso à Internet.

⁷⁴ LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. 2005, p. 21. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em: 29 jul 2014.

⁷⁵ *Ibidem, loc. cit.*

A fim de exemplificar o motivo da aludida confusão o autor traz o seguinte exemplo: “um usuário de um grande provedor de acesso comercial que acesse o web site da empresa, normalmente conhecido como “portal”, terá à sua disposição informações criadas pelos funcionários do provedor e por ele disponibilizadas e armazenadas, utilizando, para tanto, os serviços de conexão oferecidos por este provedor. Em tal hipótese, a mesma empresa provê acesso ao usuário, armazena e disponibiliza informações criadas por seus próprios funcionários.” (LEONARDI, Marcel, *Op. cit.*, 2005, p. 21)

⁷⁶ *Ibidem, loc. cit.*

⁷⁷ *Ibidem*, p. 22.

Já os provedores de acesso correspondem às pessoas jurídicas que possibilitam o acesso dos consumidores à Internet. Tais pessoas jurídicas estão conectadas a um *backbone* ou manejam estrutura própria para propiciar conexão direta. Assim, pode-se ter um provedor comercial de acesso instalado no domicílio, livraria, etc., ou um provedor que se personifique na própria instituição pública ou privada que porventura disponha de conexão direta a um *backbone*⁷⁸.

Importa destacar que, apesar de normalmente o provedor de acesso fornecer outros serviços que não apenas o acesso à Internet, é este suficiente para a sua adequada caracterização como provedor de acesso. Além disso, salienta-se que a relação jurídica que há entre o usuário e o provedor é de consumo⁷⁹.

Os provedores de correio eletrônico possuem um funcionamento simplório, concedendo ao usuário nome e senha exclusivos para a utilização de um sistema que permite o envio e o recebimento de mensagens. Apesar da maioria dos provedores de acesso fornecerem esse serviço, existem pessoas jurídicas que fornecem somente o serviço voltado para o correio eletrônico e não se pode deixar de pontuar que são serviços diferentes⁸⁰.

Frise-se ainda, que a relação entre o provedor de correio eletrônico e o usuário também é de consumo, sendo os serviços prestados de forma onerosa, seja por meio de remuneração direta ou indireta⁸¹.

O provedor de hospedagem, por sua vez, também está inserto em uma relação de consumo e

É a pessoa jurídica que fornece o serviço de armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, possibilitando o acesso de terceiros a esses dados, de acordo com as condições estabelecidas com o contratante do serviço.

Assim, um provedor de hospedagem oferece dois serviços distintos: o *armazenamento* de arquivos em um servidor, e a possibilidade de *acesso* a tais arquivos conforme as condições previamente estipuladas com o provedor de conteúdo, provedor este que pode escolher entre permitir o acesso a quaisquer pessoas ou apenas a usuários determinados⁸².

Ao tratar, por fim, dos provedores de conteúdo, é importante primeiramente diferenciá-los dos provedores de informação e com isso já estabelecer os patamares conceituais de ambos. Apesar de tais expressões serem utilizadas muitas vezes de forma indistinta, representam nuances diferenciadoras, de forma que, por provedor de informação se entende toda pessoa física ou jurídica que crie as informações propaladas na Internet. Já o provedor de conteúdo,

⁷⁸ LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. 2005, p. 23. Disponível em <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em: 29 jul 2014.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 24.

⁸⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁸¹ *Ibidem*, p. 25.

⁸² *Ibidem*, p. 26.

será aquela pessoa física ou jurídica que disponibilize as informações advindas de provedores de informação. Assim, percebe-se que pode haver ou não equivalência exata entre o provedor de informação e o provedor de conteúdo⁸³.

Uma vez apresentadas as noções básicas acerca dos tipos de provedores, importa voltar novamente a atenção para as Redes Sociais que são objeto da pesquisa, e analisar qual o tipo específico de provedor no qual elas se perfazem.

Através do Facebook, do YouTube e do Twitter os usuários conseguem compartilhar conteúdos dos mais variados tipos, indo desde simples pensamentos, através da exposição de trivialidades do dia a dia, até o compartilhamento de vídeos e a difusão de opinião sobre assuntos mais polêmicos suscitados pelos próprios usuários ou pelos seus “amigos” de rede.

Dada a análise voltada para a responsabilização de tais redes quando seus usuários causam danos uns aos outros, elas serão aqui entendidas como provedores de conteúdo, posto que fornecem um espaço no qual se disponibiliza conteúdo criado por terceiros, que são justamente os provedores de informação. Desde já, é possível suscitar o questionamento, que será mais amadurecido adiante, sobre se, uma vez que esses provedores concedem o espaço para a disseminação de conteúdos os mais diversos, não deveriam também exercer um papel gerenciador e se responsabilizarem, ao menos em alguma medida, pelas condutas lesivas praticadas em seu meio.

Restam, portanto, esclarecidos os aspectos técnicos em torno da caracterização das redes em apreço. Porém, não raro, se perceberá na doutrina e nas decisões que serão colacionadas a utilização de expressões como “provedor de serviço”, “provedor de informação”, “provedor de acesso” e outras congêneres a fim de se reportar ao que será entendido ao longo do texto monográfico como sendo provedor de conteúdo.

⁸³ LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. 2005, p. 27. Disponível em <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em: 29 jul 2014.

3 A JURISPRUDÊNCIA OUTRORA DOMINANTE ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE CONTEÚDO

Uma vez tendo sido feita uma análise sociológica a fim de justificar a importância do tema monográfico, dá-se início a incursão jurídica mais aprofundada em torno da responsabilização civil das Redes Sociais quando seus usuários provocam danos.

Para tanto, primeiramente se verificará quais soluções vinham sendo dadas no mundo jurídico quando do enfrentamento com situações envolvendo um ofensor/usuário, uma vítima, que é também usuária da rede, e o surgimento de um dano que, considerando o ordenamento jurídico pátrio, reconhecidamente leve à necessidade de reparação.

Questiona-se qual a postura a ser adotada pelo provedor de conteúdo em tais situações, a fim de estudar o tipo de relação jurídica envolvida e de perceber se há neutralidade, que conduziria a uma passividade e não participação no implemento das indenizações, ou se há comprometimento e envolvimento suficiente por parte da Rede Social, que venha a justificar uma participação ativa no ressarcimento do ofendido.

De grande importância é considerar que até antes do dia 23 de abril de 2014 o Brasil não tinha nenhuma lei que enfrentasse diretamente a temática da Internet, a fim de promover a regulação das relações travadas no ambiente virtual com suas inúmeras possibilidades e consequências. Assim sendo, a solução para os eventuais conflitos ocorridos no ciberespaço ficavam a cargo do Poder Judiciário, o que gerava certa insegurança, pela possibilidade de se encontrar decisões dissonantes para casos similares.

A Lei 12.965/14 – conhecida como Marco Civil da Internet -, então, representa um verdadeiro divisor de águas no tratamento jurídico da disciplina. Dessa forma, e com o intuito de melhor compreender as mudanças, é importante minuciar como a jurisprudência se posicionava especificamente no que toca a responsabilização do provedor de conteúdo por danos causados por terceiros.

Objetivando, então, compreender o posicionamento que a jurisprudência brasileira vinha seguindo antes da entrada em vigor do Marco Civil, se utilizará como base o REsp 1.193.764/SP de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Trata-se de decisão paradigmática, marcada como sendo a primeira a consubstanciar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da responsabilização de Redes Sociais por danos causados por seus usuários.

Após a publicação dessa decisão os Tribunais de Justiça do país passaram a replicá-la. Por certo que, dado o caráter não vinculante do quanto decidido, algumas poucas diferenças podiam ser percebidas nas Justiças Estaduais, mas a linha geral de argumentação passou a ser usualmente mantida.

Com o escopo de destrinchar a decisão paradigma se utilizará a seguinte metodologia: a ementa do REsp 1.193.764/SP será dividida em blocos a fim de pormenorizar a análise, que sempre começará com a transcrição do trecho alvo da ementa seguida da explanação de suas implicações, fazendo as devidas remissões aos fundamentos trazidos pela Ministra Relatora no corpo do seu voto.

Antes de partir para o agrupamento dos assuntos em tópicos numéricos, a ementa da decisão traz uma suma do que ficou firmado por meio das seguintes expressões/palavras chave:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. *INTERNET*. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO *SITE* PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA⁸⁴.

3.1 O ENQUADRAMENTO COMO RELAÇÃO DE CONSUMO

1. A exploração comercial da *internet* sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.
2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de *internet* ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.
3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na *web* por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos⁸⁵.

A simples leitura da transcrição permite perceber que o STJ se filiou ao entendimento de que

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.764– Proc. 2010/0084512-0. Recorrente: I P DA S B. Recorrido: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi. São Paulo. DJe 08 ago. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1029789&num_registro=201000845120&data=20110808&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.764– Proc. 2010/0084512-0. Recorrente: I P DA S B. Recorrido: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi. São Paulo. DJe 08 ago. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1029789&num_registro=201000845120&data=20110808&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2014.

a relação usuário-provedor é de consumo. Diante disso, há de se considerar que o enquadramento de uma dada relação como sendo de consumo traz uma série de consequências no âmbito jurídico, posto que em tal meio, por conta de peculiaridades dos agentes envolvidos, há um sistema mais protetivo e regido por princípios que diferenciam tais relações de outras traçadas na sociedade.

Uma vez que o aludido enquadramento será um dos fundamentos principais para a proposta a ser apresentada no capítulo subsequente em torno da responsabilização dos provedores, optou-se por dedicar um maior espaço para analisar se estão presentes de fato os requisitos da relação de consumo, bem como as adequações que precisam ser feitas ao transpor e aplicar o regramento existente ao mundo virtual.

3.1.1 Requisitos da relação de consumo

Inicialmente há que se observar que o Código de Defesa do Consumidor não conceitua a relação de consumo, o que é amplamente comentado pela doutrina e facilmente percebido pela leitura do dispositivo normativo. Antes, a técnica legislativa optou por conceituar os elementos dessa relação, de forma que restará configurada quando houver a confluência de todos os elementos descritos.

Recorrendo a conceitos primordiais da Teoria Geral do Direito, destacam-se como elementos de uma relação jurídica, entendida como vínculo intersubjetivo, o fato jurídico propulsor, os sujeitos de direito, ativo e passivo, e o objeto, que, por sua vez, se desdobra em objeto imediato (prestação devida pelo sujeito passivo), e objeto mediato (bem sobre o qual recai o direito)⁸⁶.

Sob a ótica da relação consumerista verifica-se a presença dos aludidos elementos a partir do momento em que se tem consumidor e fornecedor (sujeitos de direito), produto ou serviço (objetos da relação) e fatos da vida que são juridicizados promovendo a incidência das normas consignadas no Código de Defesa do Consumidor.

Acerca desses conceitos importa frisar que

São considerados conceitos relacionais e dependentes. Só existirá um consumidor se

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Normas jurídica e aplicação do direito. 24 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 534-536.

também existir um fornecedor, assim como um produto ou serviço. Os conceitos em questão não se sustentam por si mesmos, nem podem ser tomados isoladamente. Ao contrário, as definições são dependentes umas das outras, devendo estar presentes para ensejar a aplicação do CDC⁸⁷.

Começando pelo entendimento do que seja o consumidor, tem-se que a sua definição legal encontra-se no art. 2º do CDC, segundo o qual o consumidor seria “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”⁸⁸.

Pontue-se que a compreensão sobre o que significa ser destinatário final já foi alvo de muita discussão em sede doutrinária e jurisprudencial. Porém, desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, tem crescido o número de adeptos da chamada teoria finalista mitigada ou aprofundada. Tal teoria objetivou a compatibilização entre as teorias maximalista e finalista que polarizavam as opiniões.

Os adeptos da teoria maximalista ou objetiva interpretam de forma ampla a expressão “destinatário final”, sendo suficiente tratar-se de uma pessoa física ou jurídica que retire o bem ou serviço do mercado, não sendo o caso de se discutir a finalidade do ato de consumo e dispensando-se a necessidade de cogitações em torno da vulnerabilidade do consumidor, seja ela técnica, jurídica ou socioeconômica. Os defensores dessa corrente pregam a necessidade de se dar uma interpretação extensiva à definição trazida pelo CDC, a fim de que ele realmente se caracterize como um código geral de consumo⁸⁹.

A corrente finalista ou subjetiva, a seu turno, promove uma interpretação mais restritiva em torno de quem pode ser considerado destinatário final. Aduz-se que a tutela do CDC será destinada apenas aos vulneráveis, além de se entender como indispensável à noção de consumidor que a destinação final seja compreendida como econômica, não visando a promoção de atividades negociais⁹⁰.

Sérgio Cavalieri Filho promoveu uma análise da evolução jurisprudencial acerca do tema no Superior Tribunal de Justiça, levando à percepção de que inicialmente a linha adotada se coadunava com a teoria maximalista, porém, no julgamento do REsp 541.867/BA houve a prevalência da corrente subjetivista, haja vista o entendimento majoritário de que o consumo intermediário não caracterizava relação consumerista. No entanto, as decisões não estagnaram replicando esse entendimento, antes, desenvolveu-se a supracitada teoria finalista mitigada ou

⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 135-136.

⁸⁸ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 60-61.

⁹⁰ *Idibem*, p. 61-62.

atenuada, de acordo com a qual é factível a aplicação do CDC a pequenas empresas e profissionais liberais desde que no caso concreto reste demonstrada a vulnerabilidade em qualquer de suas facetas⁹¹.

O quanto dito até aqui diz respeito ao consumidor *standard*, havendo também o consumidor por equiparação constante no parágrafo único do art. 2º do CDC. Porém, já promovendo a compatibilização com a relação entre provedores de conteúdo e usuários das Redes Sociais, não se faz necessário discutir extensivamente as hipóteses trazidas pela doutrina acerca do consumidor por equiparação.

Isso porque, os usuários se enquadram como consumidores padrão sem maiores dificuldades, na medida em que são destinatários finais do serviço oferecido pelas Redes Sociais, mormente ao se adotar a teoria finalista mitigada. Teoria esta que permite abranger tanto os que utilizam as Redes Sociais sem nenhuma finalidade lucrativa, apenas como meio de comunicação, como aqueles que se valem do serviço prestado como meio para obtenção de lucro, desde que presente a vulnerabilidade, ao que a título de exemplo é possível citar os *bloggers*, que utilizam os espaços virtuais aqui estudados para promoção e divulgação próprias visando retorno financeiro.

Passando a analisar o outro polo da relação jurídica consumerista, tem-se que a definição legal

⁹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 63-66. Como alguns dos julgados trazidos e comentados pelo autor a fim de demonstrar a linha inicial de entendimento no Superior Tribunal de Justiça tendente à corrente maximalista, tem-se “[...]2- REsp 329.587/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Meneses Direito, Terceira Turma, unânime, DJ 24/06/2002, o qual considerou existir relação de consumo entre a pessoa jurídica contratante do serviço de transporte aéreo e a transportadora, tendo por objeto o transporte de lote de peças de reposição de propriedade daquela; [...] 6- REsp 445.854/MS, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, unânime, DJ 28/10/2003, o qual considerou ser consumidor o agricultor FRANCISCO JOÃO ANDRIGHETTO, ao adquirir crédito bancário para a compra de colheitadeira a ser utilizada em sua atividade econômica;” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, 2011, p. 63-64)

Com relação à adoção mais frequente da teoria finalista mitigada, à título exemplificativo, segue a ementa de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO - AGRAVO - INDENIZAÇÃO - ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL - ARTIGOS 165, 458 E 535, DO CPC - PREQUESTIONAMENTO - REEXAME DE PROVAS - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR - TEORIA FINALISTA MITIGADA. 1.- Tendo o Tribunal de origem fundamentado o posicionamento adotado com elementos suficientes à resolução da lide, não há que se falar em ofensa aos artigos 165, 458 e 535, do CPC. 2.- Não examinada a matéria objeto do Recurso Especial pela instância a quo, mesmo com a oposição dos Embargos de Declaração, incide o enunciado 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 3.- A convicção a que chegou o Acórdão decorreu da análise do conjunto fático-probatório, e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, obstando a admissibilidade do Especial os enunciados 5 e 7 da Súmula desta Corte Superior. 4.- A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. Precedentes. 5.- Agravo Regimental improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.402.817 – Proc. 2013/0330208-2. Agravante: Gulf Investimentos S/A. Agravado: Maria de Lourdes de Souza Chantre e outro. Relator: Min.Sidnei Beneti. Rio de Janeiro, DJe 04 fev. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1290294&sReg=201303302082&sData=20140204&formato=PDF>. Acesso em: 04 set. 2014)

de fornecedor encontra-se no *caput* do art. 3º do CDC, sendo bastante ampla⁹². Por meio da listagem feita pelo legislador de um número considerável de atividades, torna-se possível incluir no conceito de fornecedor não somente o fabricante ou produtor originário, mas todos os intermediários integrantes da cadeia produtiva, desde que as atividades por eles desenvolvidas sejam dotadas de profissionalismo, habitualidade e possuam finalidades econômicas. Assim, o contraponto permite compreender que quando a relação é travada com não profissionais, eventual e casualmente, não será tal relação enquadrada como sendo consumerista⁹³.

Destaca-se a percepção de que o CDC, ao tratar do fornecedor, estabelece uma divisão, de forma a abranger o fornecimento de produtos, mediante o desenvolvimento das atividades profissionais elencadas no texto de lei, e o fornecimento de serviços, retratado no *caput* do art. 3º do diploma consumerista de forma mais concisa⁹⁴.

Diante do exposto, os provedores de conteúdo aqui em foco - as Redes Sociais -, se enquadram facilmente como fornecedores. No serviço por eles prestado resta evidenciado o elemento objetivo da caracterização como fornecedor, que é econômico, a partir do momento em que há a persecução por lucros, bem como constata-se a indubitável presença de habitualidade e profissionalismo no desenvolvimento da atividade.

Voltando a atenção para o objeto da relação de consumo, a inteligência dos parágrafos do art. 3º do CDC mostra que ele pode dizer respeito a um produto ou a um serviço. Por produto entende-se “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”⁹⁵. Porém, para o deslinde da relação jurídica ora estudada, importa a compreensão do que seja serviço, isto por se entender ser este o objeto do vínculo que une os provedores de conteúdo aos seus usuários, e tal definição situa-se no art. 3º, §2º do CDC, segundo o qual “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”⁹⁶.

⁹² A literalidade do texto legal traz que “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 04 set. 2014)

⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 73.

⁹⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 179.

⁹⁵ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

⁹⁶ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

A fim de qualificar o serviço prestado pelas Redes Sociais, tem-se que ele envolve o fornecimento de um meio apto a possibilitar a comunicação entre pessoas situadas nos mais diversos locais do globo. Tais fornecedores possuem sistemas que permitem o compartilhamento de ideias, fotos, vídeos, a localização de outros usuários, a participação em grupos com interesses específicos, a troca de mensagens privadas, a relação com outros aplicativos por meio de uma rede interligada, além de várias outras formas de uso, sendo muito difícil listá-las por completo, dada a constante atualização fruto dos avanços tecnológicos, que levam ao surgimento de novidades a todo instante no meio virtual.

Desmembrando o conceito apresentado, não existem óbices à verificação de que o serviço prestado pelas Redes Sociais trata-se de atividade fornecida no mercado de consumo, conforme exigido pela primeira parte do art. 3º, §2º do CDC. A dificuldade pode surgir na busca por visualizar a necessária remuneração por esse serviço, uma vez que as Redes Sociais ora analisadas não cobram valor algum para que as pessoas se tornem usuárias.

Porém, como se verá adiante, não apenas a remuneração direta pelo serviço prestado se mostra como suficiente para o preenchimento desse indispensável requisito.

3.1.2 O marketing direcionado e a remuneração indireta dos provedores

Tratando mais detidamente acerca da necessidade de remuneração, exigida por lei, pelo serviço prestado, a primeira observação que surge envolve o questionamento sobre porque o CDC trocou a clássica divisão dos negócios em onerosos e gratuitos por negócios remunerados e não remunerados. Em comentários feitos ao Código de Defesa do Consumidor, Cláudia Lima Marques entende que a opção legislativa em diferenciar os serviços a depender da remuneração importou em considerável abertura para incluir os serviços da seara consumerista que são indiretamente remunerados⁹⁷.

Esclarece a referida autora que, em se tratando de remuneração, existem três possibilidades, a saber

[...]a) ou o serviço é remunerado diretamente pelo consumidor; b) ou o serviço não é oneroso para o consumidor, mas remunerado indiretamente, não havendo enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o seu enriquecimento tem causa no contrato de fornecimento de serviço, causa esta que é justamente a remuneração

⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 181.

indireta do fornecedor; c) ou o serviço não é oneroso de maneira nenhuma (serviço totalmente gratuito) e nem o fornecedor é remunerado de maneira nenhuma, pois, se este fosse “remunerado” indiretamente, haveria enriquecimento sem causa de uma das partes⁹⁸.

Existem outras formas de classificar os serviços, como a que diferencia os serviços remunerados, os aparentemente gratuitos e os puramente gratuitos. No caso dos serviços remunerados, a remuneração pode se dar de forma direta – mediante pagamento direto ao fornecedor -, ou de forma indireta – quando o fornecedor auferir benefícios econômicos indiretos por conta do serviço prestado. Já os serviços puramente gratuitos, que visam unicamente os interesses do beneficiado sem haver vantagem financeira para o prestador, estão fora do campo de incidência do CDC. Tais serviços não se confundem com os serviços aparentemente gratuitos, dos quais resulta vantagem econômica, de maneira que os custos no fornecimento do serviço são cobertos pelos lucros percebidos pelo executor⁹⁹.

Pontue-se que as noções de serviço indiretamente remunerado e serviço aparentemente gratuito são confluentes, se misturando, de forma que quando um serviço é indiretamente remunerado ele também é aparentemente gratuito. Entende-se, portanto, que a classificação trazida apenas abordou os conceitos separadamente como forma de reforçar a ideia de que eles em nada se confundem com os serviços puramente gratuitos, os quais restam pacificamente fora no âmbito de aplicação do CDC.

Pela apreensão do que é lecionado pela doutrina, torna-se então possível perceber que o fato das Redes Sociais em análise não cobrarem nenhuma quantia para a adesão das pessoas não impede, de plano, a configuração de serviço condizente com a definição encontrada na legislação consumerista.

Nos meios em apreço é muito comum a ocorrência do fenômeno intitulado *marketing direcionado*, que se perfaz em uma das maiores fontes de lucro das Redes Sociais. Porém, a fim de melhor entender esse fenômeno faz-se mister recorrer à noções iniciais e elementares do que seja o *marketing* para que se perceba a sua possível relação com a persecução por lucros por aqueles que dele se valem.

Nesse sentido, Philip Kotler esclarece que o *marketing* pode ser definido tanto por um viés social como por um viés gerencial. Assim sendo, o *marketing* é tanto “um processo social por meio do qual pessoas e grupos de pessoas obtêm aquilo de que necessitam e o que desejam

⁹⁸ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 182.

⁹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 77.

com a criação, oferta e livre negociação de produtos e serviços de valor com os outros”¹⁰⁰, quanto “o processo de planejar e executar a concepção, a determinação do preço (*pricing*), a promoção e a distribuição de ideias, bens e serviços para criar trocas que satisfaçam metas individuais e organizacionais”¹⁰¹.

Por mais que conceitos basilares como os trazidos acima se perpetuem no tempo, não se pode olvidar que as mudanças na sociedade promoveram e continuarão a promover alterações nas estratégias utilizadas para atingir as pessoas por meio do *marketing*. Isso se torna ainda mais claro com o inegável reconhecimento de que se vive em uma era digital/tecnológica, ao que o *marketing* também há de se apresentar sob a forma digital, sendo, inclusive, a expressão “*marketing* digital” uma terminologia utilizada para as estratégias destinadas às novas mídias, tendo por público principal uma nova geração de consumidores. Tal geração é composta por pessoas que não apenas são receptoras de informações, mas também retransmissoras e formadoras de conteúdo¹⁰².

Diante da verdadeira “explosão” tecnológica e da enorme adesão de pessoas às Redes Sociais, as empresas precisaram se adaptar a um novo perfil de consumidores e passar a buscar formas efetivas de atrair a atenção de pessoas que não ficam mais tanto tempo em frente a televisões e revistas.

Ao ter que enfrentar o ambiente virtual o tempo levou à percepção de que o *marketing* de massa não era a melhor estratégia a ser adotada. É muito custoso divulgar mensagens para uma audiência de massa, além de ter se constatado uma desintegração do mercado de massa em segmentos menores compostos por pessoas com gostos e exigências específicas¹⁰³.

Assim, ganhou força a estratégia do *marketing* do público-alvo, que possibilitou às empresas optantes recortar o mercado em segmentos cada vez mais específicos¹⁰⁴. Kotler explica que “um segmento de mercado consiste em um grande grupo que é identificado a partir de suas preferências, poder de compra, localização geográfica, atitudes de compra e hábitos de

¹⁰⁰ KOTLER, Philip. **Administração de Marketing**. Trad. Bazán Tecnologia e Linguística. 10 ed., São Paulo: Prentice Hall, 2005, p. 30.

¹⁰¹ BENNETT, Peter D. *apud* KOTLER, Philip. **Administração de Marketing**. Trad. Bazán Tecnologia e Linguística. 10 ed., São Paulo: Prentice Hall, 2005, p. 30.

¹⁰² TELLES, André. **Geração Digital**: como planejar o seu marketing para uma geração que pesquisa no Google, se relaciona no Orkut, manda mensagens pelo celular, opina em Blogs, se comunica pelo MSN e assiste a vídeos no YouTube. São Paulo: Landscape, 2009, p. 16.

¹⁰³ KOTLER, Philip. **Marketing para o século XXI**: como criar, conquistar e dominar mercados. Trad, Carlos Szlak. São Paulo: Ediouro, 2009, p. 42-43.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 43-44.

compra similares”¹⁰⁵.

O *marketing* de segmento, no entanto, ocupa uma posição intermediária ao se falar em graus de personalização na forma de alcançar clientes em potencial. Isso porque é possível especificar ainda mais por meio do chamado *marketing* individual ou do cliente. Essa técnica consiste em projetar comunicações que se moldam às necessidades demonstradas pelas pessoas, quase como um alfaiate ao fazer roupas sob medida¹⁰⁶.

O *marketing* direto e que leva em conta as peculiaridades dos indivíduos se mostra, portanto, como a alternativa mais rentável, considerando que a eficiência da publicidade e a limitação do alvo são elementos diretamente proporcionais, possibilitando o aumento do que no ramo do *marketing* é chamado de Taxa de Retorno do Investimento em Publicidade (*Rate of Return on Advertising Investment – ROAI*)¹⁰⁷.

O quanto exposto permite constatar que por trás do que chega até aos olhos dos usuários pelo acesso via Internet às Redes Sociais, há um sistema complexo interligando uma série de pessoas, empresas e entes. Nesse sistema tudo é muito bem pensado e articulado de forma a sempre trazer novos serviços e opções que, por óbvio, não serão destinadas ao consumidor em caráter filantrópico, antes, objetivam captação de lucros cada vez maiores explorando o ambiente virtual.

Assim, não é por acaso que os anúncios aparecem nas páginas do Facebook se reportando a produtos relacionados às pesquisas que os usuários fizeram na Internet ou ao conteúdo de suas postagens. A mesma lógica se aplica aos vídeos publicitários que aparecem antes daquilo que se escolhe assistir no YouTube.

Tratando sobre a captação de lucros na Internet e fazendo um interessante paralelo entre o Google e o Facebook o autor Eli Pariser trouxe que

A questão é que a base dos dois negócios é essencialmente a mesma: publicidade direcionada, altamente relevante. Os anúncios contextuais que o Google coloca ao lado dos resultados de pesquisa e em sites são sua única fonte significativa de lucro. E, embora as finanças do Facebook não sejam reveladas ao público, alguns *insiders* já deixaram claro que a publicidade está no âmago dos rendimentos da empresa. O Google e o Facebook tiveram pontos de partida e estratégias diferentes – um deles apoiou-se nas relações entre informações, o outro nas relações entre pessoas -, porém, em última análise os dois competem pelos mesmos dólares advindos da

¹⁰⁵ KOTLER, Philip. **Administração de Marketing**. Trad. Bazán Tecnologia e Linguística. 10 ed., São Paulo: Prentice Hall, 2005, p. 278.

¹⁰⁶ *Idem*. **Marketing para o século XXI**: como criar, conquistar e dominar mercados. Trad, Carlos Szlak. São Paulo: Ediouro, 2009, p. 48-49.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 142.

publicidade¹⁰⁸.

O aludido autor destaca em toda a sua obra que o direcionamento no meio virtual como um todo, e não apenas nas Redes Sociais, é algo tão forte que é como se as pessoas perdessem a capacidade de escolher por elas mesmas, de tal forma que “nosso monitor é uma espécie de espelho que reflete nossos próprios interesses, baseando-se na análise de nossos cliques feita por observadores algorítmicos”¹⁰⁹.

Elucida ainda que existe uma verdadeira geração de filtros *online* que são utilizados de forma a promover uma teoria sobre cada pessoa envolvendo seus gostos e o que ela deseja fazer ao acessar a Internet. Assim, cada um tem no meio virtual um universo exclusivo de informações, o que foi chamado por Eli Pariser de bolha de filtros¹¹⁰.

São três as dinâmicas trazidas por essa bolha de filtros na qual cada pessoa está inserida, a saber: i) as pessoas estão sozinhas nas suas bolhas que funcionam como uma força a afastar uns dos outros; ii) a bolha de filtros é invisível, isso porque não há como saber as suposições que são feitas sobre cada usuário, ou mesmo os critérios utilizados para direcionar os conteúdos na rede; e iii) a entrada na bolha não é opcional, uma vez que os filtros personalizados, a partir do momento em que são a base lucrativa dos *sites*, chegam até as pessoas sem que elas possam evitar¹¹¹.

O *marketing* direcionado nas Redes Sociais é, portanto, um dos fenômenos que reforça a existência da bolha de filtros. Então, com base nas informações trazidas é possível simplificar o mecanismo de desenvolvimento desse fenômeno, que ocorre quando os provedores de conteúdo promovem uma filtragem dos dados dos seus usuários realizando previsões acerca dos seus gostos e necessidades e então vedem espaços em seus sítios para que empresas possam realizar propagandas direcionadas, aumentando assim a chance de atrair os usuários por meio dos anúncios.

No próprio site do Facebook é possível encontrar entre os seus termos e políticas de uso um tópico intitulado “política de uso de dados”, dentro do qual há o subitem “anúncios e conteúdo do Facebook” que explica como se dá o direcionamento.

¹⁰⁸ ELI, Pariser. **O filtro invisível:** o que a internet está escondendo de você. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p.41.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.9.

¹¹⁰ *Ibidem*, p.14.

¹¹¹ *Ibidem*, p.14-15.

Assim, podemos mostrar-lhe um conteúdo que você pode considerar interessante, podemos usar todas as informações que recebemos de você para oferecer anúncios que sejam mais relevantes para você. Isto inclui, por exemplo:

- informações fornecidas no momento do cadastro ou adicionadas à sua conta ou linha do tempo,
- coisas que você compartilha e faz no Facebook, como o que você gosta, e suas interações com os anúncios, parceiros ou aplicativos,
- palavras-chave de suas histórias, e
- coisas que podemos inferir a partir do seu uso do Facebook¹¹².

Não se fazem necessárias maiores dilações para perceber a persecução por lucro claramente envolvida nessas situações. Mas não apenas nestas. A remuneração indireta também chega até os provedores de conteúdo quando estes travam relações com outros aplicativos que porventura o usuário possua, promovendo uma interconexão entre a Rede e tais aplicativos, o que, sem dúvidas, envolve repasse de verba fruto de acordos negociais, além do espaço reservado para publicidade pura e simples, ainda que não direcionada.

Como conclusão do que foi trazido à baila no que tange as peculiaridades da relação consumerista e sua adequação à relação travada entre os provedores de conteúdo e os usuários, resta justificada a incidência no CDC.

O tratamento devido aos consumidores no meio virtual não deve ser diferente, no sentido de mais prejudicial e sem as devidas garantias legais, do que o destinado aos consumidores do “mundo real”, por assim dizer. Assim, tem-se que, “uma vez verificada a existência de uma relação de consumo, a aplicabilidade das normas consumeristas se faz de rigor, revestido de princípios próprios, não sendo diferente sua presença nos contratos eletrônicos”¹¹³.

3.1.3 A Responsabilidade Civil na seara consumerista

Uma vez feito o enquadramento da relação objeto de estudo como sendo consumerista, é mister fazer uma análise sobre qual seria a forma de responsabilização civil logicamente esperada dos provedores, partindo das premissas consumeristas, e qual foi o posicionamento adotado pela decisão paradigma, verificando se foi condizente ou contraditório.

¹¹² FACEBOOK. **Anúncios e conteúdo do Facebook.** Disponível em: <<https://www.facebook.com/about/privacy/advertising>>. Acesso em: 17 out. 2014.

¹¹³ VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jefferson Luiz. **Direito e Internet: Contrato Eletrônico e Responsabilidade Civil na Web.** 2 ed., São Paulo: Lemos & Cruz, 2014, p.117.

Inicialmente merece destaque a peculiaridade do Direito do Consumidor no que diz respeito à classificação da Responsabilidade Civil, pois a divisão em responsabilidade contratual e extracontratual é substituída pela classificação em responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e responsabilidade pelo vício do produto e do serviço¹¹⁴.

É importante frisar que essa diferença vai além da questão terminológica, importando em uma alteração no critério para acionamento da responsabilidade, de tal forma que

A summa divisio da responsabilidade civil no direito do consumidor, assim, não se dá mais em razão da fonte do dever jurídico violado (quando o descumprimento de um dever contratual ensejava a responsabilidade contratual, e a violação de um dever legal dava causa à responsabilidade extracontratual). O novo critério do direito do consumidor se dá em vista do interesse jurídico protegido pelo ordenamento. Neste caso, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, também denominada como responsabilidade por acidentes de consumo, tem em vista a proteção da segurança do consumidor. Ou seja, responde pelo fato do produto ou do serviço, aquele que não oferece a segurança esperada, causando danos ao consumidor.

Por outro lado, a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço visa à proteção do interesse do consumidor quanto à adequação do produto ou do serviço [...] – quando estes não servirem aos fins que legitimamente deles se esperam¹¹⁵.

Desde já é fundamental ter em mente a noção de frustração da segurança esperada pelo consumidor que, conforme transcrição acima, é apta para acionar a responsabilidade por fato do produto ou do serviço, sendo esse um dos possíveis argumentos a ser utilizado a fim de justificar a responsabilização dos provedores de conteúdo.

Há, portanto, que se levar em conta a expectativa de segurança do consumidor, de maneira que, existindo uma expectativa legítima a sua não correspondência autorizará o pleito indenizatório. Para tal análise torna-se importante levar em consideração o modo como se dá o fornecimento, o resultado e o risco esperados¹¹⁶.

O autor Bruno Miragem explica que há uma tendência prevalente na atualidade de se abandonar a culpa nas mais diversas áreas do Direito, sendo que especificamente no Direito do Consumidor a opção do CDC é pela responsabilização objetiva, havendo apenas uma exceção no que toca a responsabilidade dos profissionais liberais, para os quais se preservou a vertente subjetiva da responsabilidade¹¹⁷.

Esclarece ainda o autor que são então adotados novos critérios na imputação da

¹¹⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 496.

¹¹⁵ *Idibem, loc. cit.*

¹¹⁶ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade civil pelo fato do serviço. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383.

¹¹⁷ MIRAGEM, Bruno. *Op. cit.*, 2013, 499-501.

responsabilidade do fornecedor, mormente o risco e a vantagem econômica obtida com a atividade, que o levam a defender que o fundamento da responsabilidade objetiva do fornecedor é a teoria do risco-proveito. Isso dentro de uma lógica de que devem responder pelos danos aqueles que promovem as atividades tidas como arriscadas e delas retiram vantagens econômicas¹¹⁸.

A noção trazida de que o CDC se lastreou na teoria do risco-proveito não é, no entanto, pacífica. Os autores divergem sobre qual teoria do risco teria sido esposada pelo CDC. Assim, Sérgio Cavalieri Filho defende ter sido a teoria do risco do empreendimento, por uma questão de justiça distributiva, de forma que “todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos independentemente de culpa”¹¹⁹.

Já o autor João Batista de Almeida entende que o legislador acolheu a teoria do risco criado, de forma a atribuir ao fornecedor o dever de reparar os danos causados pelo simples fato de desenvolver atividade com potencial de dano, inserto em uma lógica de que quem obtém vantagens com a atividade deve responder por suas desvantagens¹²⁰. Essa noção, inclusive, é muito próxima da de risco-proveito acima descrita.

Apesar dessas diferenças doutrinárias o mais importante a notar é que a discussão em torno da culpa não se adequa, via de regra, ao cenário consumerista. Já a noção de risco, por outro lado, está presente na análise da responsabilização dos fornecedores, independente da teoria adotada, isto porque todas conduzem ao mesmo ponto, qual seja, o da primazia da responsabilidade objetiva no Direito do Consumidor.

Partindo então para as necessárias diferenciações, inicialmente é preciso distinguir a responsabilidade por fato, da responsabilidade por vício do produto ou do serviço e para tanto a palavra “defeito” se apresenta como essencial. Isto porque tanto o vício como o fato advêm de um defeito no produto ou no serviço. No entanto, no caso do fato do produto ou do serviço o defeito é mais grave, de forma que são causados danos materiais e/ou morais ao consumidor pelo acidente que o atinge. Já o vício é um defeito menos grave que redundando no mau ou no não funcionamento ou prestação do produto ou do serviço, respectivamente¹²¹.

A responsabilidade por vícios é disciplinada nos arts. 18 a 20 do CDC, que não deixam

¹¹⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.501.

¹¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 287.

¹²⁰ ALMEIDA, João Batista De. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 85-86.

¹²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, 2011, p. 288.

dúvidas acerca da inexigibilidade de culpa para que o fornecedor do produto ou do serviço promova a reparação devida ao consumidor.

Dissertando particularmente sobre o vício do produto, tem-se que ele pode se apresentar sob a forma de vício de qualidade e/ou de quantidade. O vício de qualidade, conforme o *caput* do art. 18, torna os produtos “impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuem o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária”¹²². Já o vício de quantidade, de acordo com o *caput* do art. 19, ocorre quando há disparidade entre a realidade e as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, respeitando as variações decorrentes de sua natureza.

No que corresponde aos agentes responsáveis no caso de vício do produto, tem-se que há responsabilização solidária entre todos os fornecedores, incluindo o comerciante. Assim, o consumidor pode escolher livremente quem acionará, só havendo ruptura da solidariedade nos casos dos arts. 18, §5º, e 19, §2º do CDC, de forma a recair a responsabilidade sobre o fornecedor imediato¹²³.

Concernente aos vícios do serviço, o respaldo legal está no art. 20 do CDC e também podem ser de qualidade e/ou de quantidade, cabendo aqui as mesmas considerações sobre qualidade e quantidade feitas acima. Destaque-se que, assim como ao tratar do vício do produto, o Código do Consumidor traz medidas alternativas de reparação, ficando a escolha a cargo do consumidor.

Como agentes responsáveis de forma solidária pelos vícios do serviço têm-se todos os fornecedores, aqui entendida a expressão de forma ampla e genérica, alcançando também o comerciante, o que é aduzido pela simples leitura do texto de lei.

Tratando especificamente da responsabilidade por fato do produto, tem-se que sua disciplina legal está no art. 12 do CDC¹²⁴. Tal dispositivo informa que o fato do produto diz respeito a

¹²² BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

¹²³ Art. 18, §5º: “No caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor.”

Art. 19, §2º: “O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.” (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 17 out. 2014).

¹²⁴ A literalidade do *caput* do mencionado dispositivo legal traz que “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações

um acontecimento no mundo exterior que é fruto de defeito do produto e causa danos ao consumidor. O defeito pode ser de concepção, produção ou comercialização, e, em se verificando aliado à violação da esfera patrimonial ou moral do consumidor, corresponde a acidente de consumo¹²⁵.

No que diz respeito aos responsáveis pelo fato do produto o art. 12 do CDC elenca apenas o fabricante, o produtor, o construtor e o importador como obrigados principais, não mencionando o comerciante. Isso ocorre por ter ele – o comerciante – menor ingerência sobre o produto, não participando do processo de fabricação e produção a ponto de poder controlar a segurança e qualidade das mercadorias¹²⁶.

Assim sendo, no caso de haver mais de uma pessoa enquadrada como obrigada principal em hipótese de fato do produto, haverá entre elas solidariedade na reparação. Já para o comerciante o Código estabelece uma responsabilidade subsidiária nas hipóteses do art. 13 do diploma legal¹²⁷.

A responsabilidade por fato do serviço, a seu turno, encontra guarida no art. 14 do CDC¹²⁸. Sua leitura informa que ocorrerá a responsabilização do fornecedor quando estiverem presentes o defeito, o dano e o nexo causal entre o dano e o defeito do serviço prestado, independentemente de culpa. Ao que Antônio Herman Benjamin alega haver uma obrigação conjunta de qualidade-segurança, de acordo com a qual se perfaz em imperativo de qualidade a inexistência de defeito no serviço e conseqüente acidente de consumo que provoque danos ao consumidor¹²⁹.

É no tocante aos responsáveis pelo fato do serviço que reside a principal diferença entre a

insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.” (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 17 out. 2014).

¹²⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 289.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 296-297.

¹²⁷ Art. 13: “O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.” (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 17 out. 2014).

¹²⁸ O *caput* do artigo dispõe que “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.” (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 17 out. 2014).

¹²⁹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 399.

responsabilidade por fato do produto e a por fato do serviço. Isso porque no fato do serviço a responsabilidade é solidária entre todos os fornecedores da cadeia, incluindo o comerciante, enquanto que no fato do produto o CDC especifica os agentes responsáveis deixando clara a subsidiariedade do comerciante. Pontue-se ainda que a solidariedade na indenização proveniente do fato do serviço encontra respaldo no art. 7º, parágrafo único do CDC¹³⁰.

Feito um sucinto panorama geral acerca da Responsabilidade Civil no Direito do Consumidor, torna-se necessário relacionar as noções conceituais com o problema de pesquisa. Surge então o seguinte questionamento: uma vez posto que a relação travada entre usuário e provedor de conteúdo é de consumo, com base em que se dará a responsabilização civil do provedor/fornecedor quando o usuário/consumidor sofre danos no ambiente da Rede Social?

Uma primeira análise lógica conduziria a interpretação de que se estaria diante de um fato do serviço, promovendo a incidência da responsabilidade objetiva prevista no art. 14 do CDC. Bruno Miragem reservou um trecho de uma de suas obras para tratar da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço na Internet, onde explicou que o fundamento para responsabilização dos *sites* - tanto de relacionamento como de leilão virtual - em havendo danos por atos ilícitos realizados a partir das suas atividades, estaria no art. 14 do CDC - que presume o risco proveito de toda a cadeia de fornecedores vinculados à prestação do serviço - e também no parágrafo único do art. 927 do Código Civil¹³¹.

O doutrinador elucida ainda que esse entendimento é sustentado em sua obra desde a primeira edição. Porém, quando veio à tona o primeiro precedente do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema constatou-se certa contradição em termos, pelo fato da decisão não utilizar a lógica do fato do serviço na imputação da responsabilidade dos provedores, a despeito de reconhecer a natureza consumerista da relação provedor-usuário¹³². Referiu-se o autor justamente ao Recurso Especial ora analisado.

O que se verificou na decisão examinada é que apesar da declarada sujeição da relação provedor-usuário ao CDC, o modelo de responsabilização evocado não foi o previsto no art. 14 da legislação consumerista para casos de fato do serviço. Tornando perceptível que, enquanto o enquadramento da relação usuário-provedor como relação de consumo é algo aceito sem maiores problemas, não se pode dizer o mesmo acerca do mecanismo de

¹³⁰ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade civil pelo fato do serviço. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 381-382.

¹³¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 563.

¹³² *Ibidem*, p. 563 e 566.

responsabilização dos provedores de conteúdo, sendo questão que se reveste de grande complexidade.

Em seu voto, que foi seguido pelos demais Ministros envolvidos no julgamento, a Ministra Nancy Andrighi entendeu não ser possível atribuir aos provedores um dever geral de vigilância que, uma vez não observado, caracterizaria o serviço como sendo defeituoso. Em suas palavras: “no que tange a fiscalização do conteúdo das informações postadas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra o material nele inserido”¹³³.

O acórdão destaca que não seria possível, e seria até mesmo inconstitucional, exigir o controle prévio dos conteúdos publicados por terceiros, uma vez que implicaria em quebra do sigilo de correspondência e da comunicação, o que é proibido pela Constituição Federal no art. 5º, inciso XII, acabando por redundar na criação de pequenos núcleos de censura. Além do que, a análise antecipada de conteúdos afetaria um dos maiores atrativos no meio virtual, que é justamente a transmissão dos dados em tempo real¹³⁴.

O doutrinador Bruno Miragem teceu comentários à decisão, e sobre esse ponto específico expôs que

Note-se que a decisão, neste particular, embora mencionando em várias oportunidades ser o caso de responsabilidade objetiva (coerente, no caso com a aplicação do CDC), termina por não conceder a indenização sob o argumento de que não cabe aos provedores a vigilância geral do conteúdo colocado por terceiros na internet, cabendo-lhes agir apenas se notificado pela vítima acerca de eventual lesão a seus direitos. [...] Trata-se de uma certa contradição em termos, que afinal deverá ser melhor explicada pelo STJ nos próximos julgados sobre a matéria. Porém, uma interpretação que eventualmente possa auxiliar na interpretação do acórdão seria a de que, diante de ausência de notificação por parte do ofendido, não haveria defeito do provedor, ou ainda, que o dano em questão decorre de culpa exclusiva de terceiro, ambas excludentes admissíveis pelo artigo 14, §3º, do CDC. Contudo, tratam-se de cogitações que ora se fazem, mas não estão presentes no acórdão em questão¹³⁵.

Particularmente não se concorda aqui com a hipótese levantada pelo autor de se considerar a

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.764– Proc. 2010/0084512-0. Recorrente: I P DA S B. Recorrido: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi. São Paulo, p. 9. DJe 08 ago. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1029789&num_registro=201000845120&data=20110808&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2014.

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.764– Proc. 2010/0084512-0. Recorrente: I P DA S B. Recorrido: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi. São Paulo, p. 11. DJe 08 ago. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1029789&num_registro=201000845120&data=20110808&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2014.

¹³⁵ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 566.

ocorrência de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, ou a constatação de inexistência de defeito apta a atrair a aplicação do art. 14, §3º do CDC e justificar a não objetivação da responsabilidade.

Nesse ponto, elucidativa a posição adotada por Celso Paganelli,

[...] o defeito existe, pois a prática de atos ilícitos não encontra nenhum óbice dentro das redes sociais, além disso, não há que se falar em culpa exclusiva do consumidor, já que a pessoa que sofreu o ato danoso não pode ser responsabilizada por algo que é contra o seu desejo e, por fim, não se pode falar em culpa exclusiva de terceiro, pois como já tratado, para que haja essa configuração é necessário que os atos ilícitos praticados sejam totalmente imprevisíveis e inevitáveis, o que não é verdade, pois existem vários mecanismos que poderiam ser utilizados para coibir tal prática¹³⁶.

Reputa-se, portanto, questionável e equivocada a opção pela não aplicação do art. 14, suscitando a dúvida sobre se essa postura seria a que melhor se adequa a um sistema que deve primar mais pela reparação da vítima do que por achar um culpado, ao que se acredita que a resposta seja não.

Defende-se na presente, como ficará mais claro adiante, ser acertado o entendimento acerca da aplicação do CDC à relação usuário-provedor. Porém, mantendo coerência tal que esse reconhecimento conduzirá à proposta de objetivação da Responsabilidade Civil dos provedores de conteúdo, e não à aplicação “pela metade” da legislação consumerista, como acabou sendo feito no Recurso Especial em apreço.

3.2 A (IM) POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no *site* pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02¹³⁷.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 é conhecido por consignar a cláusula geral da responsabilidade objetiva ao trazer que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

¹³⁶ PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. **Responsabilidade objetiva dos provedores de conteúdo na Internet.** P. 22. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10772>. Acesso em: 28 out. 2014.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.764– Proc. 2010/0084512-0. Recorrente: I P DA S B. Recorrido: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi. São Paulo. DJe 08 ago. 2011. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1029789&num_registro=201000845120&data=20110808&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2014.

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”¹³⁸.

A partir dessa disposição a atividade de risco passou a ser uma das fontes do dever de reparar, e o supracitado artigo deixa claro que o legislador entendeu que aqueles que desenvolvem atividades de risco devem suportar os seus ônus. É fundamental notar que a norma transcrita é genérica, aberta, o que é de grande valia para promover a compatibilização do instituto com a Constituição Federal, uma vez que normas assim permitem uma maior oxigenação do sistema jurídico¹³⁹.

São acirrados os debates doutrinários acerca do que seja a atividade de risco. A fim de facilitar a compreensão, Leonardo de Faria Beraldo desmembra o parágrafo único do art. 927 analisando-o por expressões. Inicialmente destaca a expressão “independentemente de culpa”, que não carece de maiores explicações, sendo importante apenas frisar que a despeito da inexigibilidade de culpa, a vítima continua tendo que demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta do autor e o dano causado¹⁴⁰.

Prosseguindo, faz comentários breves à expressão “nos casos especificados em lei”, afirmando que o legislador quis apenas deixar claro que as leis especiais continuariam em vigor. Passa então a analisar o que seria uma “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano”, postulando que não pode a atividade ser momentânea, mas sim contínua¹⁴¹. Nesse ponto específico, interessante a noção diversa do que seja “atividade normalmente desenvolvida” trazida por Filipe Rodrigues Garcia, segundo o qual a análise deve se referir aos meios por ele utilizados, não sendo o caso de entendê-la como sinônimo de habitualidade ou frequência, ou seja, estaria relacionada ao *modus operandi* da atividade¹⁴².

Tratando da expressão “por sua natureza”, Leonardo de Faria Beraldo dá continuidade à sua explanação chamando atenção para o fato de que a natureza a ser levada em conta é a do risco da atividade. Esclarece que por mais que toda atividade possa implicar em riscos, mesmo que

¹³⁸ BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 out. 2014)

¹³⁹ GARCIA, Filipe Rodrigues. A Responsabilidade Civil objetiva: apontamentos sobre o dano injusto e sobre o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. **Revista de Direito**. Minas Gerais, v. 4, n. 2, Jul./Dez. 2012, p.24.

¹⁴⁰ BERVALDO, Leonardo de Faria. A Responsabilidade Civil objetiva em decorrência das atividades perigosas (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) e alguns apontamentos do direito comparado. *In*: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **Introdução Crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 270.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 271-272.

¹⁴² GARCIA, Filipe Rodrigues. A Responsabilidade Civil objetiva: apontamentos sobre o dano injusto e sobre o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. **Revista de Direito**. Minas Gerais, v. 4, n. 2, Jul./Dez. 2012, p.25-26.

leves, o texto de lei não abrange toda e qualquer atividade, mas sim apenas aquelas nas quais o risco é um fator inerente, intrínseco¹⁴³.

Por fim, se volta o autor para a expressão “risco para os direitos de outrem”, e começa salientando que “o risco é da execução da atividade, e não de qualquer ação ou omissão [...] sendo imprescindível que, na natureza da atividade, ou seja, na sua essência, exista uma potencialidade lesiva fora dos padrões normais”¹⁴⁴.

Nesse particular é salutar voltar um pouco a atenção para a chamada teoria do risco, que corresponde ao embasamento jurídico elaborado no final do século XIX a fim de justificar e explicar a responsabilidade objetiva. Dentro dessa teoria existem diversas concepções de risco, não havendo um consenso na doutrina sobre qual das concepções específicas se amoldaria ao texto de lei¹⁴⁵.

Como vertentes dessa teoria, sem pretensão de exaurimento, apresentam-se: i) a teoria do risco integral, que é a mais extremada, pois, além de não ser preciso culpa, permite a reparação do dano pelo agente mesmo se houver ruptura do nexo causal; ii) a teoria do risco-profissional, que faz surgir o dever por parte do empregador de indenizar o profissional pelos danos advindos de acidentes de trabalho, independentemente de culpa; iii) a teoria do risco-excepcional, de acordo com a qual há dever de indenizar mesmo se o dano for proveniente de situação estranha ao trabalho normalmente exercido pelo agente; iv) a teoria do risco-proveito, que traz que o encargo nasce com o lucro, assim, havendo proveito econômico pelo agente que desenvolve a atividade, deverá ele ser responsabilizado objetivamente; e v) a teoria do risco-criado, movida pela lógica de que o agente que criou um risco para outrem por sua atividade, deve responder pelos eventuais danos, mesmo que não tenha proveito econômico¹⁴⁶.

Existe uma maior tendência na doutrina em entender que a teoria a fundamentar a responsabilidade objetiva seria a do risco-criado, por ser a “mais ampla e mais benéfica à vítima, ratificando, inclusive, os princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa

¹⁴³ BERALDO, Leonardo de Faria. A Responsabilidade Civil objetiva em decorrência das atividades perigosas (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) e alguns apontamentos do direito comparado. *In*: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **Introdução Crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 273-274.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 275.

¹⁴⁵ WOLKOFF, Alexander Porto Marinho. A teoria do risco e a responsabilidade objetiva do empreendedor. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 81, Out./Nov./Dez. 2009, p.114.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p.114-115.

humana insculpidos na Constituição Federal”¹⁴⁷.

Voltando para a análise de Leonardo de Faria Beraldo, resalte-se que ele elaborou uma lista exemplificativa do que então poderia ser considerado como atividade de risco:

Destarte, acreditamos então, que atividade de risco é aquela que possui, por exemplo, correlação direta com produtos inflamáveis, explosivos, tóxicos, trabalho em minas ou subsolo, produtos nucleares ou radioativos, armas de fogo, manuseio de energia elétrica acima daquela utilizada na casa das pessoas, ou pela velocidade incomum da tarefa desempenhada. *Lembrando que risco não quer dizer incerteza, mas probabilidade de dano*¹⁴⁸.

Uma vez tendo sido feita a verificação em linhas gerais sobre o contexto de aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, urge atentar para o conteúdo do voto da Ministra Nancy Andrighi no acórdão paradigma ora em estudo.

A Relatora entendeu não ser possível se falar em risco da atividade como fundamento para responsabilizar o provedor de conteúdo, alegando que não se deve considerar o dano moral como um risco inerente à atividade desenvolvida por eles. A fim de reforçar esse entendimento foi mencionado o Enunciado 38 da I Jornada de Direito Civil que traz critérios a fim de se compreender quais seriam os riscos aptos a acionar a responsabilidade objetiva¹⁴⁹.

A 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 coletividade¹⁵⁰.

Assim, em suma, o entendimento foi de que uma pessoa que sofre um dano moral nas Redes Sociais não estaria, por conta da atividade desenvolvida pelo provedor de conteúdo, suportando um ônus maior do que as demais pessoas da coletividade para que se justificasse a aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Com o devido respeito ao posicionamento da Relatora, ousa-se discordar. Levando em consideração que a atividade desenvolvida por esses provedores consiste no fornecimento de

¹⁴⁷ GARCIA, Filipe Rodrigues. A Responsabilidade Civil objetiva: apontamentos sobre o dano injusto e sobre o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. **Revista de Direito**. Minas Gerais, v. 4, n. 2, Jul./Dez. 2012, p.27.

¹⁴⁸ BERALDO, Leonardo de Faria. A Responsabilidade Civil objetiva em decorrência das atividades perigosas (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) e alguns apontamentos do direito comparado. *In*: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **Introdução Crítica ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 277.

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.764– Proc. 2010/0084512-0. Recorrente: I P DA S B. Recorrido: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi. São Paulo, p. 10. DJe 08 ago. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1029789&num_registro=201000845120&data=20110808&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2014.

¹⁵⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 20. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2014.

um espaço de livre participação dos usuários por meio do compartilhamento de vídeos, ideias, fotos, etc. acredita-se que há sim um risco inerente à atividade no sentido da potencialidade de serem provocados danos, morais e patrimoniais, no ambiente criado pelos provedores.

De fato, não se está diante de acidentes nucleares ou envolvendo explosões e toxinas. Porém, é preciso considerar a evolução do tempo, mormente a evolução tecnológica, que permite encarar a Internet como um meio dotado de alta capacidade lesiva, principalmente pelo fator da velocidade na disseminação dos dados.

A fluidez que pode ser percebida na redação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil impõe dinamicidade em sua análise. O que na década passada era considerado como atividade de risco pode não o ser mais nos dias atuais, assim como a atividade dos provedores de conteúdo, outrora inimaginável, pode sim alçar na contemporaneidade a posição de atividade de risco.

Acerca da mencionada fluidez é dito que

[...] o risco pode variar conforme o modo, o tempo e o lugar. O perigo, assim, deve ser compreendido de forma dinâmica, a depender dos avanços tecnológicos, das possibilidades de amenizar o risco e do grau de desenvolvimento da atividade analisada. [...]

Nota-se que a compreensão do parágrafo único do art. 927 do Estatuto Civil evoluirá juntamente com a tecnologia. Com o tempo, as clássicas atividades de risco ganharão mecanismos de controle da periculosidade, descaracterizando-a para os efeitos da norma. A fluidez da norma permitirá que o aplicador do direito analise a atividade em seu contexto, de forma a aplicar ou afastar a responsabilidade objetiva¹⁵¹.

Mantendo essa linha de raciocínio, o já citado escritor Celso Paganelli é favorável à aplicação do art. 927, parágrafo único do Código Civil. Escuda que a teoria do risco somente seria afastada se os ilícitos cometidos nas Redes Sociais fossem esporádicos, não previsíveis, inevitáveis, ou seja, se o provedor não tivesse nenhum controle e nem imaginasse a possibilidade de ocorrência dos ilícitos. Porém, o escritor é incisivo ao dizer que não é esse o caso, antes, os serviços foram pensados para viabilizar o compartilhamento das mais diversas informações e o convívio virtual entre pessoas e permitir comentários e postagens sobre o assunto que quiserem e do modo que desejarem¹⁵².

O autor arremata seu discurso firmando que a utilização das Redes Sociais para a prática de

¹⁵¹ GARCIA, Filipe Rodrigues. A Responsabilidade Civil objetiva: apontamentos sobre o dano injusto e sobre o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. **Revista de Direito**. Minas Gerais, v. 4, n. 2, Jul./Dez. 2012, p.28.

¹⁵² PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. **Responsabilidade objetiva dos provedores de conteúdo na Internet**. P. 21. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10772>. Acesso em: 28 out. 2014.

ilícitos não pode ser considerada como um desvirtuamento do serviço proposto, pois não é preciso distorcer o serviço ou corrompê-lo para poder praticar o ato danoso, bastando utilizar os recursos disponíveis para perpetrar a ofensa¹⁵³. Assim,

A atividade exercida por tais empresas perfaz literalmente o disposto na norma, pois a natureza das redes sociais é a inserção de dados, pessoais ou não, textos, fotos, vídeos, entre outros, o que significa que pessoas más intencionadas podem utilizar tal facilidade para o cometimento de atos ilícitos, o que é proibido por lei, e assim deve a empresa responsável responder pela prática, como previsto em nosso ordenamento jurídico¹⁵⁴.

Como a matéria carecia de disciplina legal, os Tribunais dos Estados não necessariamente seguiam o mesmo entendimento da Ministra Nancy Andrighi, havendo quem se filiasse ao posicionamento de Celso Paganelli. À guisa de exemplo destaca-se o acórdão proveniente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos autos da Apelação Cível n. 1.0435.12.000195-1/001, que entendeu pela aplicação pela do art. 927, parágrafo único do Código Civil a fim de responsabilizar objetivamente o Facebook pela criação por terceiro de perfil falso com caráter difamatório. O acórdão foi firme em trazer que os provedores não podem se eximir alegando a impossibilidade de serem responsabilizados por atos de terceiros ou reputando como impossível o controle dos conteúdos das contas por questões técnicas¹⁵⁵.

Há de se considerar que no terreno do Direito Digital a teoria do risco tem enorme aplicabilidade, uma vez que é meio para solução de problemas envolvendo a reparação nos quais a culpa é um elemento dispensável, em razão do que Patrícia Peck chamou de princípio de equilíbrio de interesses e genérica equidade¹⁵⁶.

Aliando o quanto exposto com noção de que a sociedade hodierna é uma sociedade de risco, defende-se ser plenamente possível a aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, dada a natureza da atividade desenvolvida pelos provedores de conteúdo. Destaque-se

¹⁵³ PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. **Responsabilidade objetiva dos provedores de conteúdo na Internet**. P. 21. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10772>. Acesso em: 28 out. 2014.

¹⁵⁴ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁵⁵ Ementa: DIREITO CIVIL - AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO - FACEBOOK - CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO - VEICULAÇÃO DE CONTEÚDO DIFAMATÓRIO - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PROPRIETÁRIA DO SÍTIO ELETRÔNICO - DANO MORAL - QUANTUM - RAZOABILIDADE.

O prestador do serviço facebook responde de forma objetiva pelo conteúdo difamatório de mensagens veiculadas em páginas de sua responsabilidade. Em situações tais os danos morais devem ser compensados segundo indenização arbitrada com razoabilidade e proporcionalidade. Recurso provido. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0435.12.000195-1/001. Décima segunda Câmara Cível. Relator: Saldanha da Fonseca. DJe 20 set. 2013. Disponível em: http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=D8EFC298BE8B7B6C3A6DE1F9CD4BE511.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0435.12.000195-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 31 out. 2014)

¹⁵⁶ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 412.

que será preciso perscrutar como ficará a configuração do nexos causal quando da responsabilização, o que será feito adiante. Porém, já se pontua que a responsabilização objetiva com fulcro na atividade de risco é um importante fundamento para a proposta a ser apresentada.

3.3 A DOCTRINA DO *NOTICE AND TAKE DOWN*

5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada¹⁵⁷.

O *notice and take down* corresponde a uma doutrina norte-americana que foi claramente importada nessa decisão. Essa doutrina foi desenvolvida para tratar especificamente de conflitos de natureza autoral, de forma a excepcionar a responsabilização por violação de direitos autorais *online*, garantindo a imunidade dos provedores de serviço que atendessem prontamente à notificação do ofendido promovendo a retirada do conteúdo impróprio do ar. Assim, com a notificação, o polêmico dever geral de fiscalização se transmuda em obrigação específica de agir que, se adimplida, livra o provedor da responsabilização¹⁵⁸.

Aplicando essa lógica à responsabilização dos provedores de conteúdo por danos causados por terceiros, tem-se que, conforme ficou consignado no voto em apreço, uma vez ciente do conteúdo ofensivo de determinada postagem, deve o provedor retirá-lo imediatamente do ar. Apenas se não adotar essa postura é que será, então, responsabilizado¹⁵⁹.

Adepta dessa linha de inteligência, Patricia Peck destaca que não seria coerente que os provedores respondessem por conteúdos acerca dos quais não tiveram prévio conhecimento. Assim, esperar que um provedor de conteúdo monitore tudo o que é postado em seu meio previamente, seria uma tarefa hercúlea e impossível. Porém, essa situação muda de figura quando há uma comunicação por parte de uma autoridade ou de um usuário acerca da

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.764– Proc. 2010/0084512-0. Recorrente: I P DA S B. Recorrido: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi. São Paulo. DJe 08 ago. 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1029789&num_registro=201000845120&data=20110808&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2014.

¹⁵⁸ SCHREIBER. Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 225.

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.764– Proc. 2010/0084512-0. Recorrente: I P DA S B. Recorrido: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi. São Paulo, p. 12. DJe 08 ago. 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1029789&num_registro=201000845120&data=20110808&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2014.

existência de um conteúdo ofensivo e/ou ilícito, pois tal comunicação faz surgir uma necessidade do provedor agir energeticamente na remoção do conteúdo, sob pena de responder solidariamente com o autor por conta da sua omissão¹⁶⁰.

Percebe-se, portanto, que a opção foi pela responsabilização subjetiva do provedor, de forma que apenas será chamado a ressarcir os danos se for omissor com relação a pedido extrajudicial de remoção de determinado conteúdo, fazendo assim incidir o art. 186 do Código Civil¹⁶¹.

A opção pela responsabilidade subjetiva se apresenta extremamente questionável ao se levar em consideração o momento vivenciado pela Responsabilidade Civil como um todo na contemporaneidade. A culpa tem perdido a sua “majestade” e lugar de privilégio, dada a percepção de que o foco desse importante ramo do Direito deve estar muito mais na reparação do dano do que na busca por um algoz.

Existe um significativo histórico que aponta para a mitigação gradual da culpa, de forma que, estando a preocupação mais voltada para a vítima do que para o agente ofensor, o ressarcimento irá se impor, muitas vezes, ainda que o prejuízo derive da prática de uma atividade socialmente aceitável e legalmente lícita¹⁶², como é a atividade desenvolvida pelos provedores de conteúdo.

O problema da atribuição da responsabilidade subjetiva se sobressai ainda mais quando se está diante de serviços que são colocados no mercado e que trazem em si considerável potencial lesivo. Tal é o caso das Redes Sociais que, infelizmente, por vezes, passam a impressão de se tratarem de uma terra sem lei, onde a liberdade de expressão deve reinar absoluta.

Uma interessante crítica que pode ser ainda formulada a doutrina do *notice and take down* é que o dano porventura sofrido no espaço de tempo anterior à notificação permanecerá sem ressarcimento caso o ofensor direto não seja localizado, dada a imunidade do provedor que removeu o conteúdo quando notificado. Assim, essa doutrina americana acaba por afrontar a noção de reparação integral do dano¹⁶³.

Não se pode olvidar que até a notificação e retirada do conteúdo o dano já ocorreu e o

¹⁶⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 413.

¹⁶¹ 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.” (BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 31 out. 2014).

¹⁶² MARANHÃO, Ney Stany Moraes. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade**: uma perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Método, 2010, p. 185 e 239.

¹⁶³ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 226.

material ofensivo pode ter se espalhado por toda a rede, causando efeitos catastróficos na vida de uma pessoa em um meio que dificilmente esquece, não sendo razoável que a vítima tenha simplesmente que suportar o dano.

Nesse sentido, inclusive, destaca-se o acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Apelação Cível n. 2008.001.56760 quando do julgamento acerca da responsabilização do Orkut por ofensas inseridas por terceiros. Entendeu o Tribunal que o dano ocorre no momento da publicação, de forma que não devia prosperar a tese de que primeiro seria preciso existir pedido de retirada da página do ar, pois essa providência não sana o prejuízo já sofrido, além de ter que se pontuar que inexistente no Direito fato ilícito não indenizável¹⁶⁴.

Tendo sido expostas as críticas à compreensão do STJ, faz-se mister voltar a atenção para mais um detalhe. O acórdão explicitou que a retirada do conteúdo apta a ilidir a responsabilização é aquela que se dá imediatamente. Porém, o mais comum era o estabelecimento de prazos de 24, 48 ou 72 horas para a retirada do conteúdo a depender das peculiaridades de cada caso, pois assim, no entendimento daqueles favoráveis ao *notice and take down*, o princípio da razoabilidade estaria sendo atendido¹⁶⁵.

Ante tudo que foi relatado, reputa-se como sendo problemática a adoção da supracitada doutrina americana sem que sejam feitas as devidas reflexões acerca das suas implicações. A

¹⁶⁴ Ementa: Ação Indenizatória. Rito sumário. Ofensas inseridas por terceiros em páginas do Orkut. Responsabilidade pelo dano moral. Sentença julgando improcedente o pedido. REFORMA. Cabimento da indenização, já que a Constituição Federal proíbe o anonimato e a Google não identificou, tampouco denunciou a lide ou chamou ao processo os usuários responsáveis pelos atos. Art. 5º, IV e V. Fixação em R\$ 25.000,00, sendo R\$ 15.000,00, para a segunda autora, e R\$ 10.000,00 para a outra. Ação que se julga procedente. PROVIMENTO DO RECURSO. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2008.001.56760. Décima primeira Câmara Cível. Relator: Otávio Rodrigues. Data do julgamento: 03 dez. 2008. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003790A32A96C6175C6959C3228256FF0F38CC402145A06>>. Acesso em: 31 out. 2014).

¹⁶⁵ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 418.

Nesse sentido se destaca a notícia veiculada no site do Jornal Folha de São Paulo no dia 22 de janeiro de 2012, segundo a qual “o Superior Tribunal de Justiça determinou que mensagens publicadas em redes sociais, como Orkut e Facebook, que sejam consideradas ofensivas ou impróprias pelos usuários terão de ser retiradas do ar em até 24 horas após serem denunciadas. Empresas responsáveis por serviços de e-mail, como Hotmail e Google, serão obrigadas a fornecer auxílio na localização do remetente de mensagens que causem danos morais.” (BORBA, Júlia. Post ofensivo terá de sair do ar em 24 horas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 jun. 2012. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/50220-post-ofensivo-tera-de-sair-do-ar-em-24-horas.shtml>>. Acesso em: 01 nov. 2014).

Como acórdãos que, a título exemplificativo, atestam a alegada variação no prazo estabelecido para a retirada do conteúdo ofensivo do ar têm-se: o REsp 1.396.417 - MG (2013/0251751-0) de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, publicado em: 25 nov. 2013, o REsp 1338214 - MT (2012/0039646-0) também de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, publicado em: 02 dez. 2013, 2013 e o AI 2108775-90.2014.8.26.0000, tendo sido a Decisão Monocrática exarada pelo Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgamento em: 14 jul. 2014.

maior das dificuldades, no entanto, está no fato dela resultar na responsabilização subjetiva dos provedores de conteúdo.

3.4 A ATUAÇÃO DO PROVEDOR NA LOCALIZAÇÃO DO USUÁRIO

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.

7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na *internet* (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de *internet*¹⁶⁶.

Esse trecho da ementa reflete uma parte do acórdão que visou solucionar justamente o problema que se instaura quando o provedor retira o conteúdo ofensivo da plataforma após a notificação. Isso porque, uma vez cumprido o dever de remoção, a vítima passa a se encontrar em uma situação em que não sabe contra quem agir, já que o provedor resta imune e também não se tem conhecimento sobre quem foi o autor direto da ofensa apenas pelas informações encontradas em um dado perfil.

Nesse ponto sobreleva-se a importante previsão constitucional do art. 5º, IV, segundo o qual “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”¹⁶⁷. Logo, não podem os provedores fomentar a manifestação do pensamento pela via do anonimato, posto que isso afronta diretamente a previsão da Carta Magna. Assim, se traduz em verdadeiro dever a disponibilização de meios para identificação de cada usuário.

O acórdão em estudo destacou que apesar do acesso sem identificação rigorosa, especialmente em sites de relacionamento, ser um dos grandes atrativos da Internet por possibilitar a criação

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.764– Proc. 2010/0084512-0. Recorrente: I P DA S B. Recorrido: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi. São Paulo. DJe 08 ago. 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1029789&num_registro=201000845120&data=20110808&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2014.

¹⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 01 nov. 2014.

de verdadeiros mundos paralelos, é preciso encontrar um equilíbrio com a necessária segurança jurídica¹⁶⁸.

São inúmeras as relações travadas no âmbito virtual e não é possível, em nome da liberdade de expressão, tolerar abusos que não sofrerão reprimendas pelo simples fato de não terem se perpetrado no mundo material. Há de se ponderar que ofensas virtuais causam danos muito reais e que se estendem para além do ciberespaço, já que, apesar de serem universos distintos, estão umbilicalmente relacionados.

Logrou êxito, portanto, a Relatora ao determinar a necessidade de atuação dos provedores na localização do usuário. Porém, incorreu em equívoco, capaz de se justificar por uma questão de falta de conhecimento técnico, ao entender que o fornecimento do número de IP pelo provedor se perfaz em postura suficiente para se chegar ao usuário.

Celso Paganelli dedicou um longo trecho do seu artigo para explicar a insuficiência do número de IP (*internet protocol*). Ocorre que, ao tempo do invento desse mecanismo de roteamento não se imaginava que a demanda por endereços seria tão grande e, como as combinações numéricas são finitas, é impossível que se tenha um número único para cada dispositivo conectado à Internet¹⁶⁹.

Dada a constatação da impossibilidade de se ter números únicos, foram criados os programas chamados de *proxy* e NAT (*Network Address Translation*), que possuem como principal característica fazer com que as conexões entre dispositivos que passem por eles recebam um único número de IP. Assim, não importa quantos computadores existam por trás de um *proxy* ou NAT, todos terão o mesmo endereço para identificação no destino final¹⁷⁰.

O quanto exposto revela a existência de empecilhos para localização do autor certo e determinado de publicações ofensivas, pois a operação de busca tem grandes chances de ser frustrada. Assim,

O fato é que a identificação do responsável pode ser praticamente impossível com apenas o endereço IP caso se esbarre na utilização de algumas dessas tecnologias.

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.764– Proc. 2010/0084512-0. Recorrente: I P DA S B. Recorrido: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi. São Paulo, p. 14-15. DJE 08 ago. 2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1029789&num_registro=201000845120&data=20110808&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2014.

¹⁶⁹ PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. **Responsabilidade objetiva dos provedores de conteúdo na Internet.** P. 23-24. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10772>. Acesso em: 01 nov. 2014.

¹⁷⁰ PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. **Responsabilidade objetiva dos provedores de conteúdo na Internet.** P. 25. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10772>. Acesso em: 01 nov. 2014.

Imagine que haja uma ordem judicial para que uma determinada rede social forneça o endereço IP de um usuário. De posse dessa informação, o interessado deve realizar uma pesquisa para saber a quem tal endereço pertence. Digamos que pertença a uma empresa de telefonia. É feito novo requerimento para que tal empresa forneça os dados sobre aquele endereço. Como resposta, nos é informado que o endereço em questão é utilizado por outra empresa, que também oferece acesso à internet. Novamente, é necessário que seja feito requerimento de informações para essa nova empresa. Na resposta fornecida, há a informação que não é possível identificar o usuário responsável, uma vez que o endereço IP identificado pertence a um servidor *proxy* ou NAT, o que impossibilita o correto apontamento do responsável. Neste caso, fica a pergunta: de que adiantou saber o endereço IP?¹⁷¹

Um exemplo simples do cotidiano é capaz de demonstrar a insuficiência do número de IP: é possível que vizinhos compartilhem uma mesma linha de acesso à Internet, dado o amplo alcance da conexão, assim, o endereço obtido não permitirá identificar qual deles foi o ofensor. Questões como essas mostram que o que as decisões judiciais¹⁷² vinham entendendo como sendo um meio suficiente está longe de o ser.

Quando um usuário vitimado recorre ao provedor para ter acesso ao agente ofensor, não espera receber um número que o levará até uma empresa telefônica, uma *lan house* ou um dispositivo eletrônico. Antes, intenta receber informações que o dirijam a pessoa por trás da conexão.

O ideal seria que os provedores exigissem o máximo de dados identificadores dos seus usuários, de forma que, quando não o faz com o escopo justamente de aumentar o número de adeptos aos seus serviços, está assumindo o risco desses usuários “fantasmas” violarem os direitos da personalidade de outros usuários.

O REsp paradigma entendeu que os provedores seriam responsabilizados por culpa *in omittendo* quando, sob a ótica da diligência média, não adotassem as providências que estivessem ao seu alcance para rastreamento do ofensor direto. Porém, dois são os problemas desse entendimento: a uma, o fornecimento do número de IP está muito distante de poder ser considerado como meio suficiente de rastreamento, mesmo dentro da lógica da diligência média, e, a duas, mais uma vez o STJ privilegiou a busca pela culpa como elemento propulsor da responsabilidade dos provedores, deixando de considerar todo o risco envolvido na atividade.

¹⁷¹ PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. **Responsabilidade objetiva dos provedores de conteúdo na Internet.** P. 25. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10772>. Acesso em: 01 nov. 2014.

¹⁷² Como exemplos decisões espalhadas pelo país que consideram o registro do número de IP como meio razoavelmente eficiente de rastreamento de usuários citam-se: AI: 10024130523624001- Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Relator: Marcos Lincoln, 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: 09 set. 2013 e a APC: 20130110491704 – Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Relator: Otávio Augusto, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: 20 maio 2014.

A manutenção da atratividade pela facilidade que existe hoje para fazer parte das Redes Sociais, não pode ser mais importante do que a garantia de um meio seguro para os que trafegam nesse ambiente.

As informações exigidas para o cadastramento nas Redes Sociais em apreço são mínimas e facilmente burladas, podendo, sem maiores dificuldades, não corresponder em nada com a realidade. O Facebook, por exemplo, exige apenas um endereço de *e-mail* ou um número de celular, se a pessoa preferir. O mesmo ocorre com o Twitter, que ainda conta com uma limitação do número de letras no campo que deve ser preenchido com o nome completo do usuário – dificilmente uma pessoa com 2 sobrenomes conseguirá preencher esse campo -. Igualmente fácil, por sua vez, é a criação de um perfil no YouTube para que seja possível a postagem de vídeos e a produção de comentários em vídeos alheios.

Isso leva à reflexão acerca de um desleixo por parte desses provedores, o que não pode ser ignorado sob o argumento de que eles estão tomando as providências que estão ao alcance para auxiliar na localização do usuário. Por óbvio que não estão. Outras poderiam ser as informações solicitadas ou os mecanismos utilizados na individualização das pessoas nessas redes.

Por conseguinte, considera-se errônea e imprecisa a postura adotada pelo STJ, que acaba favorecendo por demais os provedores.

4 O PANORAMA INSTAURADO PELO MARCO CIVIL DA INTERNET E A PROPOSTA DE UM OUTRO CAMINHO A SER SEGUIDO

No ano de 2014 um novo panorama se instalou no que diz respeito a utilização da Internet no Brasil, disciplinando aspectos como a responsabilização civil dos provedores de conteúdo. No entanto, como toda “novidade” que surge no universo jurídico, as previsões legais suscitam e continuarão a suscitar nos próximos anos uma série de críticas negativas e positivas, o que se perfaz em um cenário de reflexividade imprescindível para o desenvolvimento do Direito.

Foi-se o tempo em que as iniciativas legislativas eram simplesmente aceitas pela sociedade sem que esta se organizasse e se fizesse representar a fim de fazer valer seus direitos e garantias. Assim, a liberdade para a apresentação de propostas fundamentadas é fundamental a fim de asseverar a dinamicidade própria do Direito, que deve estar sempre aberto ao debate e ao diálogo em busca de soluções que se mostrem adequadas ao propósito da dignificação do homem.

É com fulcro nessas premissas e ideais que o festejado Marco Civil da Internet será analisado e uma nova proposta de responsabilização dos provedores será, ao final, apresentada.

4.1 AS DISPOSIÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 12.965/2014

A Lei 12.965/14 veio suprir uma lacuna muito prejudicial para o ordenamento brasileiro, uma vez que a Internet faz parte do dia a dia de praticamente todas as pessoas do país, seja direta ou indiretamente.

Trata-se de uma lei com a importante característica de ter sido a primeira elaborada de forma colaborativa entre a sociedade e o governo, se valendo da própria Internet como espaço para os debates. A consulta pública teve início em 2009, e em 2011 a proposta ingressou no Congresso Nacional através do Projeto de Lei n. 2.126/11, de iniciativa do Poder Executivo. Foi então publicado, no dia 24 de abril de 2014, o comemorado Marco Civil da Internet, com a estipulação de um período de *vacatio legis* de sessenta dias, entrando em vigor, portanto, no dia 23 de junho de 2014¹⁷³.

¹⁷³ JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet**: comentários à Lei n. 12.965/14. São Paulo: Saraiva, 2014, p.15.

Em seus trinta e dois artigos a lei discorre sobre vários assuntos, estabelecendo os fundamentos e princípios, além das garantias, direitos e deveres para o bom uso da Internet no país. Inova-se, mas, ao mesmo tempo, há de se deixar clara a necessidade de observância e respeito aos preceitos constitucionais, que, por óbvio, devem continuar a se sobrepor. Assim, todo cuidado será necessário nos próximos anos a fim de parametrizar a nova lei, verificando se ela consegue atravessar os filtros constitucionais.

Dado o recorte monográfico, passar-se-á a analisar os artigos que estão diretamente relacionados com o tema, e que objetivaram mostrar o caminho a ser seguido no que diz respeito à responsabilização dos provedores de conteúdo por danos provocados por seus usuários.

O propósito é, justamente, estabelecer um comparativo entre a jurisprudência e as previsões legais, de maneira que seja possível identificar os eventuais erros e acertos consignados no texto de lei.

4.1.1 A liberdade de expressão, a necessidade de decisão judicial e o retrocesso social

Inicialmente, faz-se importante a transcrição dos artigos 18 a 20 da Lei 12.965/14, inseridos na seção III, intitulada “da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

Art. 18. O provedor de conexão à internet **não será responsabilizado civilmente** por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 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.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os **juizados especiais**.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá **antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela** pretendida no pedido inicial, existindo prova

inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet **comunicar-lhe** os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa **em juízo**, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário¹⁷⁴. (Grifos nossos)

O art. 18 inicia a sessão deixando claro que os provedores de acesso não serão responsabilizados pelos danos provenientes de conteúdo produzido por terceiros. No item 2.4.2 tratou-se acerca dos tipos de provedores e restou apreendido que os provedores de conexão são aqueles que apenas oferecem o acesso a Internet, logo, de fato, não devem ser responsabilizados.

Damásio de Jesus explica que, por mais estranho que possa parecer, alguns provedores de conexão já foram condenados no Brasil por atos de seus clientes, e que a lei quis, portanto, encerrar de vez as discussões sobre o tema, reduzindo em termos legais o que já era defendido pela doutrina e jurisprudência¹⁷⁵.

Distinto, no entanto, é o objeto do art. 19, que não mais trata dos provedores de acesso, mas sim dos provedores de aplicações, rol dentro do qual se encontram os provedores de conteúdo. A fim de facilitar a compreensão da expressão, o art. 5º, VII do Marco Regulatório diz que se entende por aplicações de Internet “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”¹⁷⁶.

Conforme estudo jurisprudencial feito, o entendimento dominante no que concerne à responsabilidade do provedor de conteúdo era procedimentalizado da seguinte maneira: o usuário que se sentisse agredido em algum dos seus direitos da personalidade por publicação ofensiva exarada por outro usuário, iria se valer dos meios de denúncia disponibilizados pelo provedor, informando o ocorrido e solicitando a retirada do conteúdo do ar. A partir dessa notificação, o provedor deveria atuar energicamente para remover o conteúdo o quanto antes, e, em sendo inerte, responderia pelo dano, dentro de uma lógica própria, portanto, da responsabilidade subjetiva.

Saliente-se que, seguindo o caminho que vinha sendo trilhado pelo Judiciário, a questão podia

¹⁷⁴ BRASIL. **Lei 12.964**, de 23 de abril de 2014. Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 04 nov. 2014.

¹⁷⁵ JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet**: comentários à Lei n. 12.965/14. São Paulo: Saraiva, 2014, p.63-64.

¹⁷⁶ BRASIL. **Lei 12.964**, de 23 de abril de 2014. Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 04 nov. 2014.

facilmente ser resolvida extrajudicialmente. Por certo que, mesmo com a retirada do conteúdo, a vítima poderia desejar recorrer ao Poder Judiciário a fim de responsabilizar o ofensor direto ou, quiçá, acionar o provedor a fim de que fornecesse informações para a localização do ofensor direto, caso isso não fosse feito de forma espontânea. Porém, era factível a resolução da questão amigavelmente, por assim dizer, até mesmo porque o vitimado poderia restar satisfeito com a simples remoção do conteúdo e nem sequer vir a buscar o recebimento de indenização.

Eis que entra em vigor o Marco Regulatório da Internet e muda substancialmente o cenário apresentado. Constata-se que a lei limitou ainda mais a hipótese de responsabilização do provedor, a partir do momento em que encetou ser necessário o descumprimento de uma ordem judicial de retirada do conteúdo reputado como ofensivo para que ele responda civilmente pelos danos causados.

O próprio art. 19 diz quais foram as motivações para essa determinação, a saber: assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura. Nesse ponto é crucial destacar que o Marco Civil como um todo exaltou bastante a liberdade de expressão, que é apresentada logo no *caput* do seu art. 2º, como fundamento mor da disciplina do uso da Internet no Brasil, e no artigo seguinte é novamente aclamada como princípio regente do uso da Internet¹⁷⁷.

O respeito à liberdade de expressão já é há muito assegurado constitucionalmente, sendo

¹⁷⁷ A literalidade dos artigos mencionados traz:

Art. 2º: “A disciplina do uso da internet no Brasil **tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão**, bem como:

I - o reconhecimento da escala mundial da rede;

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

III - a pluralidade e a diversidade;

IV - a abertura e a colaboração;

V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VI - a finalidade social da rede.”

Art. 3º: “A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes **princípios**:

I - **garantia da liberdade de expressão**, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (BRASIL. **Lei 12.964**, de 23 de abril de 2014. Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 04 nov. 2014) (grifos nossos)

verdadeiro princípio fundamental imprescindível na busca pela efetivação da justiça, de forma a garantir “a todo cidadão a liberdade de manifestação e difusão de ideias e pensamentos, sejam de natureza política, ideológica ou artística, independentemente de censura ou licença”¹⁷⁸.

No entanto, a despeito da posição de destaque que esse princípio recebeu no Marco Civil, de forma alguma ele pode ser considerado como absoluto, assim como nenhum outro princípio do ordenamento pátrio. Incorrendo, portanto, em grave equívoco, a linha interpretativa segundo a qual, no que toca a responsabilização dos provedores, a liberdade de expressão possuiria sim um caráter absoluto a partir do momento em que a retirada de informações da Internet sem o aval do Judiciário se perfaria em censura¹⁷⁹.

Desde antes da entrada em vigor da Lei n. 12.965/14, parte da doutrina já entendia como problemática a possibilidade de remoção de conteúdos da rede pela simples notificação extrajudicial. Nessa linha de inteligência, Schreiber pontuou que a doutrina do *notice and take down* atrai riscos para a liberdade de expressão. Ponderou o autor que o estímulo à solução imediata de forma extrajudicial é algo muito positivo quando o conteúdo é realmente ilegítimo, porém, essa postura pode se transmutar em mecanismo de abuso frente a manifestações legítimas decorrentes justamente da liberdade de expressão e de pensamento. O autor explica, ainda, que nos Estados Unidos, berço da doutrina, a fim de assegurar o respeito à liberdade de expressão, existe a possibilidade de contranotificação por parte do autor do conteúdo¹⁸⁰.

Patrícia Peck, especialista em Direito Digital, também já alertava para a necessidade de ter cautela na retirada dos conteúdos da Internet sem ordem judicial, pois, mesmo que a busca seja pela maior proteção da vítima, o princípio da liberdade de expressão impõe que a remoção seja documentada “para evitar que haja arbitrariedade e que a justificativa de suspensão e remoção de conteúdo acabe distorcida e utilizada com finalidade de cercear a livre manifestação do pensamento”¹⁸¹.

¹⁷⁸ TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate speech* e liberdade de expressão. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 287.

Como artigos insertos na Constituição Federal que fazem menção expressa à liberdade de expressão destacam-se o art. 5º, incisos IV, VI e IX e o art. 220.

¹⁷⁹ FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no Marco Civil da Internet. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

¹⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 226.

¹⁸¹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 421.

A autora evoca ainda o princípio do menor dano, para concluir que, apesar do alerta feito, é melhor remover do que manter o conteúdo no ar frente à notificação extrajudicial. Porém, em havendo a constatação de que a denúncia foi infundada ou mesmo leviana, o conteúdo removido deve voltar ao ar, a fim de retornar ao *status quo ante*, e deve também ser promovida a punição daquele que, com sua conduta de denúncia despropositada, violou a liberdade de expressão de outrem¹⁸².

Adriano Vancim e Jeferson Matioli, na obra “Direito e Internet”, também destacaram como sendo delicada a posição do provedor ao ter que retirar o conteúdo por determinação unilateral daquele que se sentiu ofendido. Isso porque, não estaria sendo respeitado o devido processo legal, com a oportunização do contraditório e da ampla defesa¹⁸³.

Por mais que os argumentos em prol da necessidade de decisão judicial sejam fortes e relevantes, eles se deparam com uma grande questão: a proibição existente no sistema jurídico brasileiro de retrocesso social em matéria de direitos fundamentais.

Fala-se em direitos fundamentais porque a relação entre usuário e provedor de conteúdo é de consumo, conforme amplamente demonstrado no item 3.1. Destaque-se que o enquadramento da defesa do consumidor como direito fundamental advém do art. 5º, XXXII da Constituição ao estabelecer que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”¹⁸⁴.

A vedação do retrocesso social não está expressa em nenhum dos artigos do texto constitucional, antes, é entendida como princípio implícito ao ordenamento jurídico brasileiro que leva à reflexão sobre até que ponto o legislador infraconstitucional pode retroceder em assuntos que versem sobre direitos fundamentais¹⁸⁵.

Trata-se de um princípio que

pretende limitar a reversibilidade dos “direitos” já conquistados, no intuito maior de evitar a clara violação dos princípios de proteção da confiança e da segurança jurídica. Trata-se, no fim, da proteção do núcleo essencial do respeito pela dignidade da pessoa humana, e, ao mesmo tempo, de um indicador da obrigação do Estado de perseguir uma política congruente com os **direitos e as expectativas**

¹⁸² PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 421.

¹⁸³ VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jefferson Luiz. **Direito e Internet: Contrato Eletrônico e Responsabilidade Civil na Web**. 2 ed., São Paulo: Lemos & Cruz, 2014, p.280-281.

¹⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 nov. 2014.

¹⁸⁵ KRUSE, Leandro. Breve linhas sobre o princípio da proibição do retrocesso social. In: TAYAH, José Marco; ROMANO, Letícia Danielle; ARAGÃO, Paulo (Coords.). **Reflexiones sobre derecho latinoamericano: estudios em homenagem a la professora Flávia Peiovesan**. Buenos Aires: Quorum, 2012, p. 201-202.

subjetivamente alicerçadas¹⁸⁶. (grifos nossos)

O trecho transcrito se reveste de importância a partir do momento em que se defende a possibilidade de aplicação da proibição de retrocesso social mesmo quando a matéria sobre a qual se alega o retrocesso fosse anteriormente tratada apenas pela via jurisprudencial. Isso porque, é preciso observar que a questão central em torno desse princípio implícito é a proteção à dignidade da pessoa humana e o autor deixou consignado na passagem acima que os direitos e as expectativas, ainda que apenas subjetivamente alicerçadas, também obstam a atuação legislativa prejudicial.

A partir do momento em que o Marco Civil passou a exigir o descumprimento de ordem judicial de retirada para a responsabilização do provedor, claro e evidente se apresentou o retrocesso social na matéria. Antes a responsabilização se daria em havendo descumprimento de solicitação extrajudicial, porém, agora, a pessoa que sofreu a ofensa terá que recorrer ao Judiciário, dificultando, sem dúvidas, a reparação do dano, além de aumentar o tempo que o conteúdo restará exposto na Internet.

Por mais que o princípio implícito da proibição de retrocesso social seja mais evocado quando uma lei posterior altera prejudicialmente questões atinentes à proteção de direitos fundamentais presentes em outra lei, o entendimento deve ser estendido para o que a sociedade já tinha alcançado em sede jurisprudencial no caso em tela.

Há de se considerar que até o ano de 2014 não havia absolutamente nenhuma regulamentação específica proveniente do Legislativo que versasse sobre o tema em enfoque, e a insegurança jurídica grassava quando do deslinde de conflitos envolvendo a responsabilização do provedor. Porém, a partir do momento em que o STJ se manifestou estabelecendo um parâmetro a ser seguido, a questão deixou de estar completamente “solta”, ao léu, uma vez que já se sabia, ao menos, o que era o mais esperado por parte do Judiciário. Ou seja, os precedentes geraram uma legítima expectativa na sociedade que foi simplesmente desconsiderada pelo Marco Civil da Internet, o que não deveria ser admitido.

O supracitado art. 19 postergou e dificultou ainda mais não só a responsabilização do provedor, mas também, e principalmente, a retirada do conteúdo do ar. Isso porque, por mais que se busque o acionamento do provedor a fim de que seja paga uma indenização devida e proporcional ao dano sofrido, mais importante do que isso é a cessação da violação, o que

¹⁸⁶ KRUSE, Leandro. Breve linhas sobre o princípio da proibição do retrocesso social. *In*: TAYAH, José Marco; ROMANO, Letícia Danielle; ARAGÃO, Paulo (Coords.). **Reflexiones sobre derecho latinoamericano: estudios en homenaje a la profesora Flávia Peiovesan**. Buenos Aires: Quorum, 2012, p. 205.

ocorre quando o conteúdo é excluído da rede, não mais se perpetuando e evitando ou pondo fim à viralização.

É preciso ressaltar, portanto, que “a autonomia inerente ao legislador, todavia, não permite que se atue de forma retroativa quando estiver em causa uma eventual violação à dignidade da pessoa humana ou uma de suas manifestações”¹⁸⁷. Assim sendo, todos os Poderes devem atuar em conjunto a fim garantir a não ocorrência de retrocessos que prejudicarão a ordem jurídica como um todo.

Além das críticas feitas com respaldo no princípio da proibição do retrocesso social, existe outra linha que aponta sérios problemas nas disposições do art. 19 do Marco Civil. Rony Vainzov defende que o artigo objetivou limitar completamente a responsabilidade do provedor, passando toda a responsabilidade para sanar o problema para as mãos da vítima que, agora terá que ter o ônus de procurar o Judiciário¹⁸⁸.

O mesmo autor também escuda que, apesar de a lei não ter trazido essa previsão, deveria cada provedor prever nos seus termos de uso um procedimento administrativo. Em suas palavras:

Uma vez que o provedor cria um “território”, “povoado” por seus usuários, lucrando proporcionalmente de acordo com o seu sucesso, não pode se abster, uma vez ciente de uma possível conduta indevida, de apurar o caso, mediante um procedimento administrativo, estabelecendo o contraditório e a ampla defesa, entre a vítima e o usuário responsável pela conduta acusada como ilícita, adotando uma decisão sobre cada caso, dentro da sua autonomia jurídica limitada¹⁸⁹.

O fato de prever e seguir um procedimento administrativo não se perfaria em nenhum tipo de censura, aduz o autor. Antes, estaria o provedor, diante da ciência de um ato supostamente ilícito, em busca da verdade real, e ao fim de sua análise daria uma resposta às pessoas envolvidas, removendo ou mantendo o conteúdo, e se, porventura, o provedor errar em sua decisão, responderá por isso quando a parte que se sentiu prejudicada acioná-lo.¹⁹⁰

Vancim vem a corroborar com o entendimento acima ao enfatizar que “o espírito da lei é de preservar a liberdade de expressão, mas não de forma indiscriminada, a ponto de se inadmitir a responsabilidade direta dos provedores e muito menos de criar obstáculo à

¹⁸⁷ KRUSE, Leandro. Breve linhas sobre o princípio da proibição do retrocesso social. *In*: TAYAH, José Marco; ROMANO, Letícia Danielle; ARAGÃO, Paulo (Coords.). **Reflexiones sobre derecho latinoamericano: estudios en homenaje a la profesora Flávia Peiovesan**. Buenos Aires: Quorum, 2012, p. 211-212.

¹⁸⁸ VAINZOF, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. *In*: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 202.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 200.

¹⁹⁰ *Ibidem*, *loc.cit.*

responsabilização [...]”¹⁹¹.

Por mais que a lei tenha previsto a possibilidade de resolver os conflitos nos Juizados Especiais e de concessão de tutela antecipada, o Poder Judiciário não deixará de estar sendo abarrotado por questões que poderiam ser resolvidas extrajudicialmente. Recorrendo novamente ao artigo de Rony Vainzov, tem-se que ele sintetiza os problemas em torno do art. 19 da seguinte maneira:

(i) as vítimas serão penalizadas, pois, sem o Marco Civil, elas simplesmente denunciam os ilícitos com um clique na página, e agora terão que propor uma medida judicial; (ii) o tempo de remoção do conteúdo ilícito exteriorizado ao mundo por meio do provedor, até a obtenção da ordem judicial será muito maior, o que agravará exponencialmente o dano; (iii) o Poder Judiciário, já inflado, receberá tais demandas que hoje em dia deveriam ser resolvidas mediante autorregulamentação pelos provedores de aplicações, que lucram financeiramente de acordo com o sucesso de suas funcionalidades e quantidades de usuários¹⁹².

Por derradeiro há ainda uma última problemática em torno da exigência de decisão judicial. Ocorre que ao prever a responsabilização do provedor de conteúdo apenas em havendo desrespeito a decisão judicial, está o legislador desconsiderando que o descumprimento de ordem judicial implica em crime de desobediência ou pena de multa. Dessa forma, o Marco Civil acaba por permitir que o provedor descumpra ordem exarada pelo Judiciário e responda apenas civilmente ao lesado por conta disso¹⁹³.

4.1.2 A afirmação de impossibilidade técnica e o tratamento diferenciado previsto para as situações do artigo 21 da Lei 12.965/14

Destinando um pouco mais da atenção para a redação do art. 19 transcrito supra, não deve passar despercebido o que está posto no final do *caput*, pois lá resta consignado que o provedor só responderá se não tomar as providências para indisponibilização do conteúdo após ordem judicial e “nos limites técnicos do seu serviço”¹⁹⁴.

Essa pequena expressão se reveste de enorme gravidade, pois permite que o provedor se exima quando da ordenança de retirada do conteúdo por conta de suas limitações técnicas.

¹⁹¹ VANCIN, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Franchone. **Marco Civil da Internet: anotações à Lei nº 12.965/2014**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2014, p. 128.

¹⁹² VAINZOV, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 202.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 203.

¹⁹⁴ BRASIL. **Lei 12.964**, de 23 de abril de 2014. Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 05 nov. 2014.

Interessante observar que melhor seria, nesse ponto, se a redação do projeto de lei tivesse sido mantida. Veja-se.

Salvo disposição legal em contrário, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, **no âmbito** do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente¹⁹⁵. (grifos nossos)

O Projeto de Lei fazia menção apenas ao fato de que as providências deviam ser no âmbito do serviço prestado pelo provedor. Essa disposição é coerente, pois caberá a retirada do conteúdo ofensivo dos domínios do provedor, não havendo como responsabilizá-lo se o teor do conteúdo já tiver se espalhado ao ponto de chegar em outros *sites* sobre os quais ele não tem nenhuma ingerência no sentido de poder promover a retirada.

No entanto, a versão final da redação que foi aprovada trouxe mais um obstáculo para que a vítima tenha uma adequada solução do seu problema. Além de uma determinação do Judiciário para que seu martírio chegue ao fim com a remoção do conteúdo, ainda terá que esperar que o provedor entenda ter condições técnicas para remover o conteúdo.

Note-se que se o provedor alegar que não tem condições de atender à ordenança de indisponibilização do conteúdo se instaurará a seguinte situação: o conteúdo poderá simplesmente continuar no ar, e o provedor pode ser livrado da responsabilização, pois é possível que defenda em juízo que fez o que estava ao seu alcance, mas em um dado caso concreto não foi tecnicamente viável a retirada da publicação.

Certamente que, diante de uma afirmação advinda do provedor sobre incapacidade técnica o Poder Judiciário dificilmente terá como se opor, e muito menos a vítima terá como provar que existiam sim condições técnicas suficientes para a retirada. Isso porque, é por demais ilusório acreditar que um usuário teria conhecimentos sobre o funcionamento técnico dos provedores para ilidir o argumento do qual eles podem se valer por força de previsão legal. O ônus de provar a incapacidade técnica é, de fato, do provedor, porém, o que se quer dizer que ele pode muito facilmente se desincumbir desse encargo processual sem que a outra parte na causa tenha como contra argumentar.

O enfoque monográfico reside na análise da Responsabilidade Civil dos provedores, logo, o estudo está mais voltado para as situações em que será devida uma indenização aos usuários que foram ofendidos em seus direitos da personalidade nas Redes Sociais. Porém, é cediço

¹⁹⁵ BRASIL. **Projeto de Lei 2.126/2011.** Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/912989.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

que a responsabilização civil dos provedores a fim de que arquem com valores pecuniários reparatórios não é a medida mais urgente a ser tomada, pois, prioritário mesmo é fazer cessar o dano, uma vez que, enquanto o conteúdo ofensivo estiver no ar o dano estará se protraindo no tempo e no espaço.

Ocorre que, em um momento histórico do Direito no qual tudo caminha para a busca por um sistema que garanta a proteção das pessoas e a tutela específica das obrigações, o Marco Civil da Internet está possibilitando que uma alegação de incapacidade técnica seja argumento suficiente para que se negue ao usuário o direito de ter o conteúdo - já entendido como ofensivo - retirado da plataforma do provedor.

Esse permissivo é visivelmente absurdo e contrário ao corolário da dignidade da pessoa humana. Não é factível que o provedor possa disponibilizar para as pessoas um serviço sobre o qual não tenha controle suficiente dos conteúdos que são inseridos em sua plataforma, no sentido de poder retirá-los quando preciso, e isso seja tão facilmente tolerado pelo Judiciário.

Não se delongará aqui na exposição sobre a tutela específica das obrigações, dado o recorte temático. Porém, não poderia deixar de ser feita a crítica a mais esse obstáculo que o Marco Civil trouxe para a vítima de danos morais no meio cibernético.

Uma vez feita essa breve anotação sobre trecho específico do art. 19, seguindo na leitura da lei, é preciso ainda considerar o que restou estabelecido no art. 21, uma vez que ele representa uma exceção à regra geral apresentada no art. 19.

Prescreve o art. 21 que,

O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado **subsidiariamente** pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo **cenas de nudez ou de atos sexuais** de caráter privado quando, após o recebimento de **notificação pelo participante ou seu representante legal**, deixar de promover, de **forma diligente**, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo¹⁹⁶. (grifos nossos)

O art. 19 ressalve-se, apresentou uma exceção à necessidade de ordem judicial, ao trazer, finalizando o seu *caput*, a expressão “ressalvadas as disposições legais em contrário”¹⁹⁷. Porém, trata-se de uma exceção genérica, diferente do que ocorre no artigo acima transcrito.

Entendeu o legislador que a divulgação de materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais é dotada de maior gravidade e objetivou, portanto, delimitar melhor a

¹⁹⁶ BRASIL. **Lei 12.964**, de 23 de abril de 2014. Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 05 nov. 2014.

¹⁹⁷ BRASIL. **Lei 12.964**, de 23 de abril de 2014. Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 05 nov. 2014.

responsabilização dos provedores nesses casos, excluindo a barreira da decisão judicial, em que pese tenha deixado o obstáculo dos limites técnicos.

Damásio de Jesus pontua que esse artigo visou facilitar o procedimento para as pessoas que tem sido alvo da conhecida “vingança pornô” nas Redes Sociais. São inúmeros os casos de relacionamentos amorosos ou de amizade que se encerram de maneira catastrófica com a nociva publicação na rede de materiais íntimos como forma de se vingar da pessoa¹⁹⁸.

Tornando possível ir concluindo como a legislação foi branda com os provedores, o mesmo autor ainda defende que “a legislação deveria ter obrigado também os provedores de aplicações a disponibilizar um e-mail ou contato oficial para recebimento de notificações”¹⁹⁹. Bem como “poderia também a legislação ter avançado no tema e previsto alguma sanção ao provedor de aplicações que se recusar a receber as notificações de ofendidos e seus representantes legais diretamente em suas sedes”²⁰⁰.

Vancim, ao comentar esse artigo da lei, apresenta sérias críticas, pois “não se mostra crível que o provedor não possua meios de filtrar e de evitar que tais condutas tão ofensivas e repugnantes sejam divulgadas e efetivamente hospedadas”²⁰¹.

O referido autor não entende como aceitável que não haja responsabilização direta dos provedores em casos como esses, e, frise-se, filia-se aqui a essa posição. O autor vai além e diz que se o provedor indisponibilizar conteúdo que nunca deveria ter sido veiculado há claro ilícito por má-prestação do serviço, de forma que o texto de lei resguarda verdadeiro protecionismo ao apresentar isenção de responsabilidade não avalizada pela Constituição Federal nem pelo Código Civil²⁰².

O autor prossegue com seu discurso de indignação frente ao texto legal e aduz que

Grande crítica ao texto é a falta de responsabilização técnica dos provedores em impedir este tipo de atuação na internet e, mais ainda, deflagrar e ideia de que a “pedofilia”, nos moldes em que traduzido, se havendo a indisponibilização do conteúdo não gera a responsabilidade de quem a veiculou e muito menos de quem a permitiu veicular.

[...]

Não pode a lei criar barreiras muito menos hipóteses de isenção de responsabilidade quando divorciado dos fins estatuídos e do ordenamento jurídico vigente, ainda mais quando a Lei Maior determina a responsabilização imediata como “cláusula pétrea”,

¹⁹⁸ JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet**: comentários à Lei n. 12.965/14. São Paulo: Saraiva, 2014, p.7.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p.70.

²⁰⁰ *Ibidem*, p.71.

²⁰¹ VANCIN, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Franchone. **Marco Civil da Internet**: anotações à Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Mundo Jurídico, 2014, p. 140.

²⁰² *Ibidem*, p. 140.

sendo o destinatário do direito a pessoa humana, em salvaguarda a sua garantida personalidade²⁰³.

Além dessas graves críticas, ainda há a questão de que como apenas as situações atinentes a cenas de nudez ou de atos sexuais receberam tratamento diferenciado percebe-se que os usuários não foram tratados isonomicamente. Não são apenas as situações do art. 21 do Marco Civil que ofendem direitos que são inderrogáveis por natureza e inatos ao ser humano, como a dignidade da pessoa humana²⁰⁴.

O sistema do *notice and take down* já era digno de diversas críticas quando utilizado para todas as situações indistintamente pela jurisprudência. Porém, o quadro se agravou a partir do momento em que se estabeleceu uma regra geral pior para o usuário e se restringiu a aplicação da doutrina - que já não era tão acertada, mas ainda assim é mais favorável do que a previsão legal do art. 19 - para situações específicas que são, inclusive, capazes de demonstrar com clareza os problemas do *notice and take down*, como com o exemplo da “pedofilia” mencionado acima.

Ante tudo o que foi explanado, é notório que a Lei 12.965/14 apresenta graves problemas no que toca a responsabilização dos provedores de conteúdo pelos danos causados por terceiros. De fato, ter uma regulamentação das relações na Internet é louvável e era extremamente urgente e necessário, porém, nesse ponto específico, questiona-se se não seria melhor continuar sem a regulamentação. Isto porque, por mais que a lei promova uma consolidação da temática e estabeleça como resolver os conflitos, em comparativo com a prática jurisprudencial anterior, os retrocessos foram muitos maiores do que os progressos sob a ótica da busca pela maior proteção da pessoa humana.

4.2 A PROPOSTA DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA E SUBSIDIÁRIA DOS PROVEDORES DE CONTEÚDO

Diante do estudo feito em torno das alterações promovidas pelo Marco Civil em comparativo com a jurisprudência outrora dominante, escuda-se que, nesse ponto específico da lei, maiores foram os malefícios do que os benefícios trazidos para as pessoas inseridas na contemporânea sociedade de risco.

²⁰³ VANCIN, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Franchone. **Marco Civil da Internet**: anotações à Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Mundo Jurídico, 2014, p. 141.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 140.

Destarte, será apresentada uma proposta a fim de compatibilizar o mecanismo de responsabilização dos provedores com o estágio atual alçado pela Responsabilidade Civil, fortemente informada pelas máximas constitucionais que enaltecem a dignidade da pessoa humana e que fornecem uma nova visão acerca do reconhecimento e da indenização dos danos.

4.2.1 A responsabilização objetiva dos provedores

Reputa-se na presente não ser correta a atribuição de responsabilidade subjetiva aos provedores de conteúdo diante de danos provocados por seus usuários. Esse equívoco próprio da predileção pelo fator culpa foi percebido tanto na jurisprudência anterior ao Marco Civil da Internet como pela própria lei, ao estabelecer que o cumprimento de ordem judicial exonera o provedor de qualquer participação na reparação do ofendido, agravando ainda mais a sua situação.

Antes, considerando as novas tendências da Responsabilidade Civil e todas as peculiaridades do ambiente criado pelos provedores, mais acertada se mostra a opção por uma responsabilidade que desconsidere a culpa como elemento propulsor e que busque a mais adequada e efetiva reparação pelos danos sofridos no meio das Redes Sociais. Tal objetivação é passível de se lastrear em dois importantes fundamentos: um capaz de atrair a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, e outro apto a fazer incidir a cláusula geral da responsabilidade objetiva cunhada no Código Civil de 2002. É justamente a verificação dessa nova face da Responsabilidade Civil e também da possibilidade de confluência do CDC e do Código Civil que será feita a seguir.

4.2.1.1 O ocaso da culpa e a possibilidade de alargamento do nexo causal

O autor Anderson Schreiber consagrou-se por tratar da erosão dos filtros tradicionais de reparação da Responsabilidade Civil. São eles justamente a culpa e o nexo causal, que se perfazem em verdadeiras barreiras que promovem a seleção das demandas merecedoras da

guarida jurisdicional²⁰⁵.

Começando com uma prospecção em torno da culpa enquanto fundamento da Responsabilidade Civil, é importante observar que diante de grande dificuldade em sua prova – o que levou à conhecida expressão “prova diabólica” – ela veio aos poucos perdendo a soberania nos sistemas de *civil law*²⁰⁶. Isso porque, muitas vezes o dano restava sem qualquer tipo de reparação por conta da impossibilidade dos trabalhadores, por exemplo, conseguirem provar a culpa do dono de uma fábrica por um acidente sofrido.

O referido autor demonstra ter ocorrido uma evolução observável em três passos “(i) a multiplicação das presunções de culpa; (ii) o avanço da responsabilidade fundada no risco; e (iii) a alteração de própria noção de culpa e do modo de sua aferição”²⁰⁷.

A culpa se revestiu por muito tempo por um manto de análise psicológica e moral em torno das condutas dos indivíduos, de forma a dificultar por demais a sua comprovação, exigindo dos ofendidos e do Judiciário um esforço quase que hercúleo e muitas vezes frustrado a fim de entender o estado anímico das pessoas²⁰⁸.

Esse quadro se agravou bastante quando o capitalismo industrial alavancou trazendo à reboque o aumento do número de acidentes fruto da utilização de novas tecnologias. Chegou-se ao ponto em que a repulsa social a esse óbice à reparação dos danos foi tamanha que começaram a se apresentar tentativas de superação das injustiças perpetradas pelo estorvo que era a comprovação da culpa²⁰⁹.

Assim, como solução intermediária, uma série de presunções de culpa foram entalhadas pela doutrina e pela jurisprudência. Diz-se que a presunção é uma solução intermediária porque, ao mesmo tempo em que visa obstar as injustiças próprias da prova diabólica, não se mostra ainda aberta para a adoção de novos fundamentos para a Responsabilidade Civil²¹⁰.

Ocorreu que as presunções deixaram progressivamente de ser vistas como sendo relativas, de maneira que a definitividade com que se presumia se fez tão forte que acabava por equivaler à total dispensa da culpa quando da responsabilização dos agentes. Cite-se como exemplo a

²⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

²⁰⁶ *Idem*. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 153.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 154.

²⁰⁸ *Idem*. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 11 *passim*.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 17-16.

²¹⁰ *Idem*. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 154.

presunção contida na Súmula 341 do STF²¹¹, e tida como absoluta, em torno da culpa do patrão pelos atos dos seus empregados²¹².

Foi justamente diante da percepção de que o que estava sendo chamado de presunção de culpa era, em verdade, a sua dispensa, que o Código Civil de 2002 convolou em caso de responsabilidade objetiva hipóteses que eram vistas como sendo de presunção culposa.

É o que se verifica na responsabilidade por fato de terceiro, como a dos pais pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (art. 932, inciso I), ou a já mencionada responsabilidade dos tutores e curadores, por pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições (art. 932, inciso II). Também foi o que ocorreu com a responsabilidade por fato de animais, em que se eliminou a excludente fundada na demonstração de que houvera guarda e vigilância do animal “com o cuidado preciso”, constante da codificação de 1916²¹³.

Além da objetivação das hipóteses de presunção de culpa, verificou-se uma alteração no próprio entendimento do que seria a culpa. Assim, a sua noção foi dissociada da análise em torna de reprovabilidade moral das condutas para se apresentar como o que Schreiber chamou de culpa objetiva²¹⁴.

Sob tal designação, a culpa passou a ser entendida como “o erro de conduta”, apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação com um modelo geral de comportamento. A apreciação em abstrato do comportamento do agente, imune aos aspectos anímicos do sujeito, justifica a expressão culpa objetiva, sem confundi-la com a responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa²¹⁵.

Com essa mudança na compreensão do que seria a culpa, sua prova foi extremamente facilitada, pois agora ela é fruto de um comparativo feito tomando por base uma figura abstrata, um padrão de conduta razoavelmente esperado das pessoas em sociedade. Assim, as sondagens judiciais não terão que se ater às nuances psicológicas indecifráveis das pessoas, descomplicando a aferição da culpa²¹⁶.

Importante considerar o alerta feito pelo próprio Anderson Schreiber no que diz respeito a utilização dos referenciais do *bonus pater familias* e do *reasonable man*, que correspondem justamente a esse padrão abstrato de comportamento a ser utilizado como referencial. Destaca

²¹¹ Dispõe a redação da mencionada Súmula que “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 340**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0341.htm>. Acesso em: 20 nov. 2014)

²¹² SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 31.

²¹³ *Ibidem*, p. 32.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 34.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 34-35.

²¹⁶ MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**. São Paulo: Método, 2010, p. 183.

o autor que quando a análise é por demais generalizada em torno desses padrões eles acabam se tornando inúteis, sendo preciso conciliar a verificação do modelo abstrato com as especificidades de cada situação concreta, considerando a fragmentação dos modelos de conduta. Compatibilizando esses raciocínios deixam-se de lado as deficiências de ter um *standard* único, que idealizava um padrão de homem médio desconhecido pela maioria das pessoas²¹⁷.

Eis que o Código Civil de 2002 vem autenticar o que já vinha sendo semeado na sociedade, inclusive por meio de leis especiais como a de Estradas de Ferro (Decreto 2.681/2012) e o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986), através da inserção no sistema jurídico do que ficou conhecido como sendo a cláusula da Responsabilidade Civil objetiva constante no parágrafo único do seu artigo 927.

Foi importante, por ora, perceber que, a despeito da culpa continuar sendo de grande relevância para a Responsabilidade Civil, ela não pode mais ser encarada como filtro impossível de ser atravessado no caminho para a reparação dos danos. Antes, foi oxidada para que uma maior gama de situações fosse reconhecida como merecedora de tutela e capaz de acionar a Responsabilidade Civil.

O aumento de número de situações aptas a ensejar a responsabilização objetiva é afeito aos novos caminhos vislumbrados a partir da Constituição Federal de 1988. Tal constatação não se justifica apenas por conta das hipóteses de responsabilidade objetiva trazidas de forma expressa pela Constituição Federal²¹⁸, mas também, e principalmente, pelo sistema axiológico que se instaurou, com a consagração de princípios próprios à adoção de um entendimento que enxerga na responsabilidade independente de culpa a valorização da solidariedade social e a busca pela priorização da reparação dos danos²¹⁹.

É imbuída dessas percepções em torno da falibilidade de se adotar a culpa como mecanismo primordial para a responsabilização dos provedores de conteúdo que surge a proposta de que a responsabilidade desses agentes da Internet seja objetiva. Não se entende ser compatível com o meio das Redes Sociais, repleto de peculiaridades e aqui reconhecido com sendo de elevado potencial lesivo, exigir a constatação de culpa, mesmo que dentro da lógica da imprudência,

²¹⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 39-41.

²¹⁸ Destacam-se nesse sentido: o art. 7º, inciso XXVIII que versa sobre um seguro para acidentes de trabalho de responsabilidade do empregador, o art. 21, inciso XXIII, alínea “d” que estabelece a responsabilidade objetiva pelos danos nucleares e o art. 37, §6º que versa sobre a responsabilidade objetiva do Estado, todos insertos na Constituição Federal de 1988.

²¹⁹ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, 2013, p. 20.

negligência ou imperícia, para que os usuários possa ter acesso à reparação devida pelos danos sofridos nesse ambiente.

Há de se considerar que os provedores se dispuseram a oferecer para a sociedade um serviço que traz em si a previsibilidade dos usuários causarem danos uns aos outros. Logo, assim como eles angariam os elevados bônus financeiros com o alto número de adeptos que possuem, nada mais coerente e justo do que também suportarem os ônus próprios de uma responsabilização que prescindirá da culpa.

Dedicando, agora, atenção para o nexo causal, tem-se que ele corresponde ao segundo filtro na empreitada pela reparação dos danos. Destaque-se que apesar de ser um elemento de simples conceituação, não sendo necessárias grandes incursões jurídicas para entendê-lo como sendo a ligação, o elo, entre a conduta e o dano estabelecendo uma relação de causa e consequência, a mesma facilidade não se faz presente quando da sua aferição nas situações concretas²²⁰.

Interessante observar que com a consagração da responsabilidade objetiva, e a consequente redução de importância da culpa, o nexo causal passou por um processo inverso, tendo a sua relevância aumentada. Isso se explica pelo fato de que antes o esforço a fim da constatação da culpa era tanto que, uma vez restando ela configurada, era como se todos os elementos para a formação do juízo de responsabilidade estivessem presentes, sendo a prova do nexo causal uma análise meramente formal e grande parte das vezes suplantada pelas discussões em torno da culpa²²¹.

Atualmente, com todas as mudanças ocorridas no cenário da reparação dos danos, chega-se a afirmar que nos casos de responsabilidade objetiva o juízo “acaba por traduzir-se no juízo sobre a existência do nexo de causalidade entre fato e dano”²²².

Gisela Sampaio da Cruz dedicou uma obra para tratar do problema do nexo causal na Responsabilidade Civil, e negritou que a realidade inaugurada com a Constituição de 1988 também refletiu sobre o nexo causal, exigindo flexibilização na sua aferição com o escopo de atender ao princípio da reparação integral. Articula também que o tema nexo causal não recebeu o tratamento devido pelo legislador, de forma a existir apenas um artigo no Código

²²⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 54.

²²¹ *Ibidem*, p. 56.

²²² VIOLANTE, Andrea *apud* SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 56.

Civil de 2002 que versa sobre o nexo causal, a saber, o art. 403²²³.

Salutar ainda apreender que o nexo causal possui uma dupla função, de forma que “por um lado, permite determinar a quem se deve atribuir um resultado danoso, por outro, é indispensável na verificação da extensão do dano a se indenizar, pois serve como medida da indenização”²²⁴.

A referida autora atrai, ainda, a atenção para a dificuldade em se identificar qual a causa juridicamente relevante apta a ensejar a responsabilidade do agente quando se está diante de condições múltiplas, sendo relevantes para o deslinde dessa problemática as noções do que sejam causas complementares, causas cumulativas e causas alternativas²²⁵.

Uma vez que o dano sofrido nas Redes Sociais envolve condições múltiplas, é significativa a compreensão desses conceitos, de forma a ser possível diferenciá-los. Assim, passa-se a transcrever em poucas linhas quando se verifica um desses fenômenos:

Verifica-se a ocorrência de causas complementares quando duas ou mais causas concorrem para a produção de um resultado que não teria sido alcançado de forma isolada por nenhuma delas. As causas complementares são também conhecidas como concausas, causalidade conjunta ou comum. Há portanto, concausas quando o resultado lesivo é decorrência de fatos diversos que, isoladamente, não teriam eficácia suficiente para causar o dano.

Nas hipóteses de causalidade cumulativa, ao contrário, cada uma das causas teria, de forma isolada, determinado a produção do resultado.

[...]

Por fim, diversa é a situação da causalidade alternativa, quando não é possível definir, com um grau absoluto de certeza [...] qual foi o membro do grupo que causou o dano²²⁶.

Ponderando acerca do exposto e aplicando ao problema de pesquisa, acredita-se que quando um usuário sofre um dano na Rede Social está-se diante de causas complementares. Isso porque, o ofensor direto, sem o meio propício para a prática lesiva, não teria perpetrado a

²²³ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 16-20.

Traz a literalidade do art. 403: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.” (BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 nov. 2014)

Acerca desse artigo a autora faz três ordens de crítica: “é obscuro e insuficiente, além de estar mal localizado do Código Civil. Obscuro porque, como mais adiante se terá ocasião de examinar, a expressão ‘direto e imediato’ suscita uma série de controvérsias em relação ao ressarcimento dos danos indiretos. Insuficiente porque a brevidade de sua regulamentação não leva em conta toda a complexidade do tema. Mal localizado porque o art. 403 é aplicado tanto à responsabilidade contratual quando à extracontratual, razão pela qual não deveria constar do título referente ao inadimplemento das obrigações (título IV), mas, sim, em vez disso, dos capítulos relativos à responsabilidade civil (título IX).” (CRUZ, Gisela Sampaio da. *Op. cit.*, 2005, p. 20-21)

²²⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 22.

²²⁵ *Ibidem*, p. 28.

²²⁶ *Ibidem*, p. 28-29 e 31.

ofensa, assim como o provedor, apenas por ter provido o meio, sem contar com a atuação do ofensor direto, não teria envolvimento com o resultado danoso. Assim, o dano sofrido pelo usuário envolve a conjunção de dois fatores: a atuação do ofensor direto aliada ao fornecimento de serviço propício à geração de danos pelo provedor.

São diversas as teorias acerca do nexo causal, sendo de grande valia o debruçar-se um pouco sobre elas com a intenção de concluir, ao fim, sobre qual deve ser adotada no contexto da responsabilização dos provedores de conteúdo ou se seria o caso de se ter uma imputação não causal.

A teoria da equivalência das condições desponta como a mais antiga e elementar, e segundo ela todas as condições das quais dependeu o resultado são causas, sem ser feita nenhuma ponderação em torno da sua maior ou menor proximidade ou importância com relação ao resultado. Assim, cada uma das causas é tida como necessária e não pode ser ignorada por outra²²⁷.

A grande vicissitude dessa teoria está no fato dela “ampliar ilimitadamente o dever de reparar, imputando-o a uma multiplicidade de agentes e eventos que, apenas remotamente, se relacionam ao dano produzido sobre a vítima”²²⁸. Schreiber destaca que as digressões possíveis de serem feitas por meio dessa teoria acabariam por tornar cada homem responsável por todas as desventuras da humanidade²²⁹.

A doutrina e a jurisprudência tentaram criar distinções conceituais para diminuir as injustiças que podem ser praticadas com a utilização dessa teoria. Assim surgiram as classificações em torno das causas, havendo as tidas como juridicamente relevantes, as juridicamente irrelevantes, bem como a separação das condições em positivas e negativas, de forma que as causas juridicamente irrelevantes e as condições negativas e indiferentes seriam excluídas da cadeia causal²³⁰.

No entanto, mesmo com essas tentativas a teoria foi sendo abandonada aos poucos, uma vez que seus efeitos expansionistas poderiam ser destrutivos para o Direito Civil. O mesmo não pode ser dito quando da sua aplicação no Direito Penal, o que se dá sem maiores empecilhos

²²⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37.

²²⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 57.

²²⁹ *Ibidem*, loc. cit.

²³⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 49.

vez que o princípio da tipicidade restringe a extensão da teoria²³¹.

Partindo para teorias individualizadoras das causas, tem-se a chamada teoria da causa próxima, de acordo com a qual “no complexo dos antecedentes do dano, importaria tão-só aquela condição que aparecesse em último lugar na série, vale dizer, a causa derradeira”²³².

Ocorre que um simples exame já torna possível perceber que essa teoria deixou de considerar que não necessariamente a última das causas é aquela que mais contribui para a ocorrência do dano, sendo a verdadeira causadora do dano. Destarte, acaba-se por reduzir a análise da responsabilidade dos agentes a uma questão meramente cronológica, e, portanto, superficial, sem o devido aprofundamento²³³.

Apresenta-se também a teoria da causa eficiente, de acordo com a qual “as condições que concorrem para um certo resultado não são equivalentes, existindo sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativo ou quantitativo, elege-se como verdadeira causa do evento”²³⁴.

Acentue-se que a proposta dessa teoria é que o juízo de causalidade seja feito de forma concreta, de forma a, diante de uma situação específica analisar qual foi a causa eficiente para a produção do dano. Porém, nem mesmo os mais ilustres apoiadores dessa teoria conseguiram chegar a um consenso sobre quais seriam os critérios manejados para elevar uma dada causa ao patamar de causa eficiente. Com isso, a tese perdeu seu prestígio²³⁵.

A teoria da causalidade adequada, por sua vez, convoca a que seja feita uma verificação em abstrato sobre qual seria a causa com maior aptidão para produzir o resultado. Fernando de Noronha articula que essa construção teórica parte da observação dos acontecimentos da vida, assim “uma condição deve ser considerada causa de um dano quando, segundo o curso normal das coisas, poderia produzi-lo. Essa condição seria a causa adequada do dano (e daí o nome da teoria); as demais condições seriam circunstâncias não causais”²³⁶

Aduz o mencionado autor que deve ser feita uma prognose retrospectiva na busca pela causa adequada a ocorrer da seguinte maneira: uma vez produzido o dano, o observador irá se

²³¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 57.

²³² CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexa causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 53.

²³³ *Ibidem*, p. 57.

²³⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 59.

²³⁵ *Ibidem*, p. 60.

²³⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4 ed., São Paulo: Saraiva: 2013, p. 627.

projetar para o momento anterior à sua ocorrência e tentar prognosticar, com fulcro no conhecimento comum, se o dano era previsível. Se não, ter-se-á excluída a causalidade. Porém, em sendo previsível, mesmo que pouco provável, será a causalidade adequada²³⁷.

Como todas as demais teorias, a da causalidade adequada também foi alvo de muitas críticas. A principal delas reside no fato de que há uma margem muito grande de discricionariedade no juízo de adequação. A incerteza terminaria por grassar quando da aplicação dessa teoria, promovendo uma aproximação com a teoria da equivalência das condições a partir do momento em que tolera uma indefinição sobre a causa efetiva do dano²³⁸.

Em busca, então, de superar o ambiente de tantas incertezas e indefinições chegou-se à teoria da causalidade direta ou imediata, que “considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva”²³⁹. Schreiber e Gisela Cruz informam ter sido essa a teoria positivada pelo Código Civil brasileiro de 2002 por meio do já transcrito art. 403 (vide nota de rodapé número 221), que traz a expressão “por efeito dela direto e imediato”²⁴⁰.

Dada a percepção de que se trata de uma teoria por demais restritiva e que obstaculiza o ressarcimento dos chamados indiretos ou remotos, desenvolveu-se a subteoria da necessariedade causal, consoante a qual haverá dever de reparar quando o dano for efeito necessário de certa causa. Deste modo, factível se torna o vislumbre de danos indiretos suscetíveis de ressarcimento em havendo necessariedade por parte da conduta entendida como causa²⁴¹.

É possível constatar que os tribunais adotam uma posição eclética frente a essas teorias, de tal forma que, a despeito da previsão do art. 403 do Código Civil, não há uma certeza de que a teoria da causalidade direta e adequada será a empregada na aferição da Responsabilidade Civil²⁴². Isso leva ao que Schreiber chamou de nexos causal flexível, que decorre da não adoção rigorosa de uma teoria em específico, de sorte que

a eventual exclusão do nexos causal pela teoria da causalidade necessária vem, por exemplo, suprida pela aplicação ou conjugação com a teoria da equivalência das condições ou pela teoria da causalidade adequada, independentemente da terminologia adotada ao final, no

²³⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4 ed. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 628.

²³⁸ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 59.

²³⁹ *Ibidem*, p. 60.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 60-61 e CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 97.

²⁴¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 62.

²⁴² *Ibidem*, p. 63-65.

texto das decisões²⁴³.

Tal fenômeno de flexibilização, aqui chamado de alargamento do nexo causal, intenta garantir a reparação das vítimas de danos. Por óbvio que esse processo também não é imune de críticas, pois, assim como tem uma faceta positiva, representada pela facilitação do reconhecimento de danos ressarcíveis por não se ter na prova do nexo causal uma barreira intransponível, há também o aspecto negativo, pois a erosão desse filtro pode conduzir a uma expansão das hipóteses de ressarcibilidade capaz de fugir ao controle e chegar ao ponto de banalizar o pleito por indenizações.

Movendo o foco para o problema de pesquisa, acredita-se haver sim nexo causal entre a atividade desenvolvida pelos provedores de conteúdo e o eventual dano sofrido pelo usuário. Para que tal afirmação seja possível entende-se ocorrer no caso em tela um alargamento do nexo causal, de forma a ir além da causa direta e imediata, que seria a conduta do ofensor direto (outro usuário).

O liame da causalidade também está presente entre o provedor e o dano ocorrido. Nesse ponto entende-se pertinente a aplicação da teoria da causalidade adequada, pois reputa-se ser a atividade desenvolvida pelo provedor uma causa adequada, dentro da lógica da prognose retrospectiva, para a ocorrência do dano.

Isso porque, não é algo que foge ao juízo de previsibilidade que o ambiente criado pelas Redes Sociais é propício para a produção de danos. Optou o provedor por fornecer um meio de livre interação entre as pessoas, não se mostrando coerente o não reconhecimento de que, ainda que com uma distância maior do que a do ofensor direto, também deu causa ao dano.

Mesmo diante das críticas já apresentadas à causalidade adequada, opta-se por adotá-la aqui tendo em vista as peculiaridades da atividade praticada pelos provedores de conteúdo, já amplamente comentada até aqui. Não se entende, portanto, ser o caso de imputação não causal, antes, o nexo causal resta presente como elemento ensejador do dever de reparar por parte do provedor.

4.2.1.2 O consumidor exposto à atividade de risco: fundamentação dúplice para a objetivação

Ante o explicitado até então, a proposta que se apresenta é por uma responsabilização objetiva

²⁴³ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 66.

dos provedores, ou seja, não há que se perquirir sobre culpa para serem eles acionados quando um dos seus usuários sofre um dano²⁴⁴ no espaço por eles projetado. Isso porque não se entende como cabível a apreciação de um elemento subjetivo em uma situação que envolve tão elevada potencialidade lesiva, sendo, inclusive, toda a tecnologia empregada no funcionamento das Redes Sociais, um dos motivos que reforçam a configuração da sociedade contemporânea como sociedade de risco.

No processo de reconhecimento da responsabilidade objetiva como a mais adequada para a problemática apresentada, intenta-se evidenciar a sua forte relação com a busca pela justiça social. Nesse sentido, a autora Raquel Bellini defende que a justiça social e a solidariedade são os fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva, de maneira que o Direito irá impor o dever de indenizar sem que seja feita uma análise em torno da intenção de provocar o dano ou da abstenção de diligência²⁴⁵.

Através do estabelecimento da responsabilidade objetiva, busca-se conciliar interesses individuais e coletivos²⁴⁶. Aplicando essa máxima ao problema de pesquisa, tem-se que o interesse individual está, por óbvio, no desejo da vítima de ser reparada na tentativa de retorno ao *status quo ante*. Já o interesse coletivo deve ser percebido através de análise macroscópica que zela pelo alcance das diretrizes constitucionais de maior proteção possível para a pessoa humana, dentro da lógica de que a vítima não deve suportar sozinha o dano, e isso reflete na busca por se estabelecer uma sociedade realmente justa, livre e solidária.

A supracitada autora enxerga no avanço da responsabilidade objetiva sinônimo de liberdade jurídica, filosófica e política, veja-se:

Em primeiro lugar, uma liberdade jurídica, tendo-se desfeito a dependência da responsabilidade no tocante ao exame da causalidade dos danos, em que a ideia de culpa mantinha o regime da respectiva reparação. Isto equivalia a situar a sede da obrigação de reparar no contrato social e, não, na natureza das coisas.
Em seguida, uma liberdade filosófica, na medida em que o direito da responsabilidade se tornava livre de qualquer referência metafísica e da conseqüente problemática de fundamento. Este já só pode encontra-se na lei, expressão da vontade do grupo, livre para estabelecer os modos mais justos de repartição das responsabilidades. Por derradeiro, uma liberdade política, uma vez que a ideia de

²⁴⁴ Importante explicar que o dano alvo do estudo é primordialmente o dano moral, porém, há que se considerar que a partir de um dano moral, danos patrimoniais podem surgir. Por exemplo, diga-se que alguém foi fortemente atingido em um dos seus direitos da personalidade em uma Rede Social, e por conta disso perdeu seus clientes ou viu serem desfeitos negócios anteriormente travados, de forma a se perceber que serão também suscitadas discussões em torno dos danos emergentes e dos lucros cessantes. Nesse diapasão, destaque-se que o provedor estará igualmente inserido nessas discussões, uma vez que serão apreciadas em conjunto.

²⁴⁵ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A justiça social e a solidariedade como fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr./jun. 2004, p. 112.

²⁴⁶ *Ibidem* p. 114.

risco permitiu à política da responsabilidade desvincular a sanção das condutas da proteção das vítimas²⁴⁷.

Não há como dissociar a compreensão da Responsabilidade Civil de reflexões éticas e filosóficas, isso porque se trata de um ramo do Direito que deve ser assimilado “em conformidade com o contexto valorativo que caracteriza a contemporaneidade”²⁴⁸.

Sendo cediço que a proposta aqui veiculada pugna pela responsabilização objetiva dos provedores, resta analisar quais os fundamentos dessa objetivação e a premissa básica é o entendimento de que se está diante de um consumidor exposto à atividade de risco. Tal afirmação suscita dúvidas sobre qual diploma legal deve ser aplicado, se o Código de Defesa do Consumidor ou se o Código Civil.

Antes de fornecer uma resposta satisfatória a essa indagação urge compreender a importância da interdisciplinaridade e do diálogo entre as fontes para o Direito. Versando sobre o tema, Flávio Tartuce elenca tais fatores como sendo importantes ferramentas a serem manejadas na superação das dificuldades próprias da pós-modernidade e que refletem diretamente no sistema jurídico²⁴⁹.

A interdisciplinaridade informa que o Direito não pode ser visto como um *bunker*, isolado da vida que o cerca e dos outros campos científicos²⁵⁰. É mais que necessária a interação entre as diversas ciências a fim de apurar a visão e aumentar a capacidade de percepção das mudanças na sociedade, pois elas indicarão qual postura deve ser adotada na busca pelo equilíbrio social. Não deve ser outro o entendimento quando se fala em Responsabilidade Civil que requer uma aproximação, principalmente, com as demais ciências humanas a fim de encontrar soluções adequadas para os conflitos que lhe são apresentados.

Já a tese do diálogo das fontes, elaborada pelo alemão Erik James e trazida para o Brasil por Cláudia Lima Marques, corresponde à interdisciplinaridade dentro do próprio Direito, de forma a possibilitar “um diálogo diante de influências recíprocas, com a possibilidade de aplicação concomitante das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, de forma

²⁴⁷ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A justiça social e a solidariedade como fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr./jun. 2004, p. 130.

²⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 323.

²⁴⁹ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 28.

Como outras dessas ferramentas o autor elenca “a visão constitucionalizada do Direito Privado e a aplicação dos princípios constitucionais nas relações entre particulares, a personalização do Direito Civil e a ponderação de princípios e valores, sobretudo constitucionais”. (TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, 2011, p. 29)

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 29.

complementar ou subsidiária”²⁵¹.

São três os tipos de diálogos possíveis. O primeiro deles é o diálogo sistemático de coerência, no qual uma lei serve como aparato conceitual para a outra, principalmente se uma delas for regente geral do sistema e a outra for especial, correlata a um determinado microssistema²⁵².

O segundo tipo é o diálogo sistemático de complementariedade ou subsidiariedade, que promove coordenação na aplicação das leis de incidência, de maneira que, por exemplo, “as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei”²⁵³.

Há ainda, por fim, o chamado diálogo de coordenação e adaptação sistemática, por meio do qual o sistema especial influencia o geral e o geral influencia o especial no que diz respeito à conceituação das categorias jurídicas. Cite-se como exemplo dessa forma de diálogo o art. 966 do Código Civil²⁵⁴, que traz a definição de empresário que, por sua vez, pode ser utilizada para definir o fornecedor de produtor ou o prestador de serviços na relação de consumo²⁵⁵.

A adoção da teoria do diálogo das fontes implica em efeitos nos conhecidos critérios utilizados na solução de antinomias jurídicas, de tal forma que

há uma clara superação dos metacritérios gerais criados para a solução das antinomias: o critério cronológico (norma posterior prevalece sobre norma anterior), o critério da especialidade (norma especial prevalece sobre norma geral) e o critério hierárquico (norma superior prevalece sobre norma inferior). De qualquer maneira, e segundo o nosso sentir, ainda é possível conciliar a citada teoria com tais critérios, em particular com o critério hierárquico, sendo pertinente apontar que a proteção dos consumidores consta expressamente como um dos direitos fundamentais no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988. Em suma, interagem os critérios construídos pela modernidade jurídica com uma tese essencialmente contemporânea²⁵⁶.

A importância das noções trazidas acima reside em perceber que ao enfrentar a problemática da responsabilização civil dos provedores pelos atos dos usuários, a resposta não pode ser simplória optando por um diploma legislativo e desconsiderando por completo o outro. Dadas

²⁵¹ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 32.

²⁵² MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38.

²⁵³ *Ibidem*, p. 39.

²⁵⁴ Art. 966: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”. (BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 24 nov. 2014)

²⁵⁵ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 33-34.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 34-35.

as peculiaridades do ciberespaço, deve também ser peculiar a solução jurídica.

Abraça-se na presente que a responsabilização objetiva, tão aclamada e defendida como sendo a adequada até então, encontra guarida em dois importantes fundamentos: o usuário das Redes Sociais é um consumidor, e a atividade desenvolvida pelos provedores de conteúdo é uma atividade de risco.

Por tudo o que restou evidenciado no item 3.1 acolhe-se o entendimento, que já vinha sendo propalado pela jurisprudência antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, de que a relação entre usuário e provedor deve ser enquadrada como sendo de consumo. Porém, a proposta ora apresentada não seguirá o mesmo rumo da jurisprudência ao optar pela responsabilização subjetiva. Antes, escuda-se que quando um usuário sofre um dano na Rede Social está-se diante de um fato do serviço apto a acionar a responsabilidade objetiva do provedor constante no art. 14 do diploma consumerista.

Em imersão na análise do fundamento consumerista para a responsabilização objetiva dos provedores, sobreleva-se a percepção de que o universo virtual é contemplado por uma nova espécie de consumidor, sem que sejam afastadas as bases que caracterizam um negócio jurídico clássico consubstanciadas no art. 104 do Código Civil²⁵⁷.

Trata-se de um consumidor muito mais ativo e que, justamente por saber que a Internet é um ambiente instável, busca se inteirar mais dos seus direitos, postulando ser devida no ciberespaço a mesma proteção de que goza no mundo real.

A escritora Patricia Peck, especialista em Direito Digital, chama atenção para as mudanças no perfil do consumidor, expondo que

[...]o consumidor mudou, está mais informado, utiliza ambientes remotos de relacionamento (telefone, celular, *Messenger*, *chat*, comunidades, redes sociais, *e-mail*, internet); tem mais conhecimento sobre seus direitos; quer tudo para ontem (síndrome da vida em tempo real); negocia seu poder de “clique” (o concorrente está a um clique de distância); quer atendimento personalizado, mas sem exageros na comunicação (invasão de privacidade)²⁵⁸.

Esse consumidor continua com a característica da vulnerabilidade, que, por vezes, se exacerba em situações nas quais a pessoa se mostra extremamente leiga, sem conseguir ter noção da real dimensão de tudo que está por trás das atividades desenvolvidas por fornecedores na

²⁵⁷ Dispõe o art. 104: “A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.” (BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 out. 2014).

²⁵⁸ PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 126.

Internet.

Fernando Rodrigues Martins destaca essa questão da vulnerabilidade do consumidor como sendo uma característica de grande importância, defendendo que tem, inclusive, assento constitucional, estando implícita no princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), além de considerar que ela sempre estará presente, ainda que em graus variantes²⁵⁹. É importante, portanto, perceber que seja técnica, jurídica, fática, neurológica ou de qualquer outro tipo que porventura a doutrina elenque, não será difícil constatar a vulnerabilidade do consumidor virtualizado.

Transferindo a atenção para o Código Civil, entende-se ser de igual importância o fundamento para responsabilização objetiva consignado no parágrafo único do art. 927, uma vez que se considera como de risco a atividade desenvolvida pelos provedores de conteúdo. Isso dentro da lógica, repita-se, de que eles se propuseram a colocar à disposição das pessoas um meio carente de mecanismos eficientes – o que não significa que sejam de censura – para que se tenha um controle ao menos razoável sobre os usuários e suas posturas na rede virtual.

Assim, não há que se tolerar que o alcance dos provedores no intento reparatório seja tão tormentoso para a vítima, como se estivessem eles em uma espécie de pedestal de difícil acesso. Acesso este que, acentue-se, após o advento da Lei n. 12.965/14, terá que necessariamente envolver um pleito frente ao Poder Judiciário.

A concepção do que seja uma atividade de risco é extremamente fluida, sendo um conceito indeterminado e assim o é por uma sábia escolha do legislador diante da compreensão de que é impossível precisar todas as atividades que implicam em riscos para os direitos de outrem. Nesse sentido, aduz Maurício Requião que “a indeterminação que caracteriza o conceito indeterminado não se caracteriza por uma falha qualquer de linguagem, mas sim por uma construção normativa voltada a suprir a deficiência de completude e adaptação aos avanços do mundo real por parte do ordenamento jurídico”²⁶⁰.

O que não correspondia a um risco antigamente pode hoje corresponder e vice-versa, e, reforçando o que já foi dito por diversas vezes ao longo da exposição monográfica, considera-se o meio das redes virtuais como sendo dotado de elevado potencial lesivo. Portanto, como, nas palavras de Anderson Schreiber “a definição, embora sempre elástica, de um rol de

²⁵⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178-179.

²⁶⁰ REQUIÃO, Maurício. **Normas de textura aberta e interpretação**: uma análise no adimplemento das obrigações. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 41.

atividades compreendidas no âmbito de aplicação do parágrafo único do art. 927 é tarefa a depender, primordialmente, da atuação jurisprudencial e da investigação doutrinária²⁶¹, não se acredita existirem óbices ao reconhecimento de mais essa atividade de risco própria da era digital.

Buscando agora a compatibilização dos diplomas supramencionados, sem menosprezar nenhum dos dois fundamentos, a proposta ora apresentada é que, quando da responsabilização dos provedores de conteúdo haja o reconhecimento de que eles praticam uma atividade de risco, o que por si só já acionaria a responsabilidade objetiva. Mas, sugere-se que a análise vá além reconhecendo o usuário como consumidor a fim de possibilitar a incidência dos importantes princípios protetivos próprios do contexto consumerista²⁶².

Considerando a proposta formulada é factível que surja a dúvida sobre qual a utilidade de se defender a atividade como sendo de risco, o que atrai a aplicação do Código Civil, se, logo em seguida, há a alegação de que o usuário é um consumidor, atraindo a aplicação do CDC, uma vez que ambos preveem a responsabilização independente de culpa.

De fato, o CDC é mais favorável para o usuário e deve se sobressair no estabelecimento das diretrizes da responsabilização. Porém, o que se defende aqui é a importância de não perder de vista a ideia de está-se lidando com uma atividade de risco, pois, mesmo que os efeitos jurídicos sejam, a priori, os mesmos – Responsabilidade Civil objetiva – existe uma grande relevância social e mesmo filosófica no reconhecimento adequado das atividades de risco, ainda mais dentro da conjuntura da sociedade de risco.

Isso se deve ao fato de que em tal sociedade as atividades propulsoras do risco são tidas como prioridade e devem direcionar as ações dos mais variados ramos científicos no esforço para controlá-las, a fim de assegurar o equilíbrio social ou, ao menos, chegar mais perto dele.

²⁶¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 26.

²⁶² Como alguns desses princípios consumeristas que, se verdadeiramente aplicados, trariam grandes benefícios para os usuários destacam-se, sempre pretensão de exaurimento: (i) o princípio da boa-fé objetiva, apontado como o coração do regramento do CDC, orientando a busca pelo justo equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores ao estabelecer uma verdadeira regra de conduta alheia a análises psicológicas ou intencionais; (ii) o princípio da transparência, sendo uma derivação da boa fé objetiva que tem como principal consequência, de um lado, o direito a informação do consumidor e, do outro lado, o dever de informação do fornecedor. Sublinhe-se que esse princípio implica na determinação de que o fornecedor seja proativo na adoção de mecanismos que proporcionem informação em quantidade e qualidade adequadas; e (iii) o princípio da reparação integral dos danos, com fulcro no art. 6º, VI do CDC, que assegura a prevenção e reparação de todos os danos suportados. (TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 3 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 36 *passim*)

4.2.2 A responsabilização subsidiária dos provedores

Uma vez posto que a responsabilidade dos provedores deve ser objetiva, passa-se a analisar a ordem de responsabilização, considerando que além dos provedores, tem-se a figura do ofensor direto, que não pode ser simplesmente esquecido frente a possibilidade de responsabilização da Rede Social, já que foi quem se utilizou do meio disponibilizado pelo provedor para perpetrar diretamente a ofensa a direitos de outrem.

Nesse diapasão, dois são os caminhos possíveis: ou pugna-se pela solidariedade entre o ofensor direto e o provedor, de maneira a ser possível acionar qualquer um dos dois a fim de perceber a integralidade da indenização devida pelo dano sofrido, ou defende-se a subsidiariedade entre eles, alegando existir um benefício de ordem em prol do provedor.

Há de se perceber que a situação problema é dotada de grande complexidade porque envolve a convivência de duas relações jurídicas de naturezas distintas. Entre o provedor e o usuário vitimado há uma relação já amplamente defendida como sendo de consumo, enquanto que entre o usuário e o ofensor direto há uma relação de natureza civil, constatando-se a paridade de forças entre eles, não havendo que se cogitar de vulnerabilidade como ocorre tipicamente nas relações consumeristas.

De um lado desponta a redação do parágrafo único do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”²⁶³, ou seja, tal artigo estabelece nitidamente solidariedade entre os causadores do dano. Porém, não é possível a aplicação simplória desse texto legal à situação ora estudada, uma vez que o ofensor direto não é um fornecedor, tal qual o provedor, para que se determine de plano a solidariedade entre eles. Há uma concorrência da responsabilidade do fornecedor – o provedor – com a responsabilidade do ofensor direto – um agente em igualdade de condições com a vítima –, e as diferenças entre os responsáveis não podem ser ignoradas.

Ademais, está-se diante de uma situação em que não há uniformidade no que tange ao tipo de responsabilização dos agentes envolvidos. Isso porque, enquanto a responsabilidade do provedor é objetiva, prescindindo, portanto, de perquirições em torno de culpa, a responsabilidade do ofensor direto é subjetiva, ou seja, fundada na culpa. Eis então que essas

²⁶³ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 26 nov 2014.

responsabilidades diametralmente opostas coexistem, e é necessário buscar uma forma de compatibilização quando da definição da ordem de acionamento frente ao Judiciário para a efetivação da reparação almejada pela vítima.

Diante de todas as especificidades dessa relação triangular (provedor – ofensor direto – vítima), formula-se a proposta de que seja a responsabilidade dos provedores subsidiária em relação à dos ofensores diretos, por acreditar-se ser a opção mais coerente.

Crê-se que caso a via escolhida fosse a solidariedade estaria se atribuindo um ônus muito elevado e pesado para as Redes Sociais de forma a correr o risco de embargar por demais o funcionamento delas, não sendo isso o que se deseja. Uma análise simplória e em perspectiva acerca do que ocorreria se houvesse solidariedade permite antever que, por conta de questões como facilidade de localização e alta capacidade econômica, os provedores seriam a primeira escolha de acionamento da grande maioria dos ofendidos, de modo que, mesmo com a possibilidade de se valer do direito de regresso, ficariam muito sobrecarregados. Enquanto isso, os ofensores diretos, que foram os que intencionalmente provocaram o dano, acabariam por ficar em segundo plano.

Insta sublinhar que, a despeito do alto potencial lesivo das Redes Sociais por conta, principalmente, da velocidade na propagação dos dados e da grande dificuldade em controlá-los, não se pretende negar a importância dessa útil ferramenta dos tempos modernos. As redes virtuais prestam um meritório serviço para a sociedade, logo, não há aqui a intenção de impedir o desenvolvimento da atividade, mas sim, adequá-la de modo a não imunizar os provedores de maneira que fiquem completamente alheios e inertes diante dos danos sofridos por usuários.

Procedimentalizando a proposta, deve o usuário que sofreu o dano obedecer uma sequência quando se dirigir ao Judiciário a fim de obter a indenização devida, respeitando o benefício de ordem de que goza o provedor. Assim, deve inicialmente acionar o ofensor direto, sendo que, ainda em momento extrajudicial de busca pelas informações necessárias para processá-lo, deve o provedor colaborar e assumir uma postura proativa no fornecimento de dados do seu usuário-ofensor imbuído de um intuito cooperativo, mas também a fim de exonerar-se da responsabilidade, haja vista que, em sendo ele responsável subsidiário é um grande interessado na localização e posterior condenação do ofensor direto.

A consolidação dessas diretrizes certamente fará com que os provedores tomem providências no sentido de tornarem o ambiente das Redes Sociais mais seguro, ao que se sugere que haja o

pedido de um maior número de informações quando do cadastramento das pessoas na rede, não se limitando apenas a um nome e endereço de *e-mail*.

Considerando, inclusive, a já mencionada proibição constitucional à manifestação de pensamento através do anonimato, não se reputa como invasiva a solicitação de outras informações que melhor individualizem os usuários, como o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou da Carteira de Identidade.

A recusa/inércia ao requerimento de informações que auxiliem na identificação do usuário-ofensor irá levar à perda do benefício de ordem, sendo mister aqui resgatar a noção já apresentada no item 3.4 de que o fornecimento do número de IP é insuficiente. É desarrazoado que o provedor não tenha as condições mínimas para identificar seus usuários, pois, apesar deles poderem se valer de “avatars” nas Redes Sociais, assumindo personalidades distintas das que possuem no mundo material, por trás dos personagens criados existem pessoas que devem ser reveladas quando preciso, pois, caso contrário, se tolerará sem nenhuma objeção a manutenção de um meio propulsor do anonimato como forma de expressão.

Nesse ponto insta ressaltar que, em caso de recusa em fornecer as informações com a consequente perda do benefício de ordem, uma vez o provedor tendo arcado integralmente com a indenização estipulada, terá direito de regresso, correndo por sua inteira responsabilidade a identificação e localização do ofensor. Perceba-se que será muito mais lógico que o provedor atue desde o início em cooperação com a vítima a fim de se ter o acionamento direito do agente violador de direitos.

No entanto, é relevante avultar que se mesmo com o auxílio dos provedores não for o ofensor direto identificado, arcará o provedor com a integralidade da indenização. Isso porque, não se defende a sua responsabilização por culpa, logo, mesmo que não tenha sido omissor, irá responder objetivamente a fim de ser assegurada a efetiva reparação do usuário que sofreu o dano.

Uma vez não tendo sido perdido o benefício de ordem por posturas extrajudiciais e o ofensor direto tenha sido devidamente localizado e acionado primeiramente, ainda não há garantia de isenção absoluta da responsabilidade do provedor. Isso porque, após o estabelecimento do *quantum* indenizatório, se o ofensor não conseguir arcar com ele em sua inteireza será o provedor acionado, tendo em vista sua responsabilidade objetiva e subsidiária, para fins de complementação, ou mesmo para pagamento integral em caso de completa insolvência do

ofensor.

Note-se, em suma, que a proposta vela pela existência de um benefício de ordem. Porém, dadas as peculiaridades da situação e a busca por garantir a reparação da vítima do dano, é um benefício sujeito a um maior número de possibilidades de perda, sendo mais frágil, por exemplo, do que o conhecido benefício de ordem de que goza o fiador em uma relação locatícia²⁶⁴.

Por fim, reputa-se necessário tecer ainda um breve comentário no sentido de que não se entende ser a situação ora estudada uma nova hipótese de responsabilidade civil por fato de terceiro, que é disciplinada nos arts. 932 e 933 do Código Civil²⁶⁵.

Doutrinando acerca da responsabilidade por fato de terceiro, Sérgio Cavalieri pontuou que a responsabilização objetiva dos responsáveis se dá por estarem eles na posição de garantidores, de asseguradores dos resultados danosos das condutas dos seus agentes, existindo assim um dever de guarda, vigilância ou custódia²⁶⁶.

Não crê-se ser esse o caso objeto da presente monografia. Antes, quando os provedores vierem a responder será por terem contribuído para a ocorrência do dano através da disponibilização de um ambiente para sua livre produção, ou seja, será por fato próprio, sendo que, impõe-se, pelos motivos já elencados, que seja respeitado o benefício de ordem a que devem ter direito, considerando existir também o fato próprio do ofensor direto.

Mediante a concatenação das ideias então apresentadas, a proposta pelo novo caminho a ser seguido pugna por uma alteração nas disposições legislativas atinentes à matéria na Lei n. 12.965/2014 a fim de prever ser a responsabilidade civil dos provedores de conteúdo pelos

²⁶⁴ Cita-se o fiador por ser um clássico exemplo de subsidiariedade no Direito Civil. Dissertando sobre as hipóteses de afastamento do benefício de ordem do fiador, dispôs Wagner Mota Alves de Souza que “o benefício de ordem referido no art. 827 do CC pode ser alvo de renúncia e pode ser afastado pela insolvência ou falência do devedor principal, bem como pela existência de solidariedade”. (SOUZA, Wagner Mota Alves. *Direito à moradia e a responsabilidade do fiador em contrato de locação. II Jornada de Direito Constitucional*. Brasília: ESMAF, 2014, p. 410)

²⁶⁵ “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 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.” (BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 nov. 2014)

²⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 204-206.

danos provocados por seus usuários objetiva e subsidiária.

5 CONCLUSÃO

Vive-se em uma sociedade de risco. Uma vez tendo sido alvo de apreciação a noção acerca dessa sociedade cunhada por Ulrich Beck, torna-se possível concluir pela sua configuração nos tempos hodiernos. Trata-se de uma sociedade complexa, dotada de alta reflexividade de maneira que um mesmo elemento pode representar avanço e se perfazer em um risco e o grande dilema a ser enfrentado é justamente a busca pelo equilíbrio entre a necessária modernização e o controle dos riscos por ela produzidos.

Inserto no contexto da sociedade de risco deu-se destaque ao papel desempenhado pelas Redes Sociais, aqui entendidas como produtos dos avanços tecnológicos em um mundo afeito à globalização.

Após a realização de incursão jurisprudencial, legal e propositiva em torno da Responsabilidade Civil dos provedores de conteúdo diante de danos causados por terceiros passa-se a expor as principais constatações feitas.

Considerando a inexistência até muito pouco tempo de norma legal que regesse as relações travadas da Internet, foi imprescindível iniciar a presente monografia com o exame do cenário outrora desenhado pela jurisprudência. Apesar de serem encontradas variações de entendimento, considerando como julgado paradigma o Recurso Especial n. 1.193.764/SP, alguns pontos se sobressaíram quando da verificação da responsabilidade dos provedores.

O enquadramento da relação travada entre o usuário e o provedor como sendo de consumo era feito sem maiores problemas pela jurisprudência, porém, notou-se a contradição em não seguir a lógica do sistema consumerista a fim de pugnar pela responsabilização objetiva do provedor. Antes, defendia-se sua responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo* diante do não atendimento ao pedido de retirada do conteúdo reputado como ofensivo da rede, além de entenderem que o fornecimento do número de IP por parte do provedor já seria suficiente para exonerá-lo da responsabilidade pelo dano ocorrido.

Frise-se que era a jurisprudência afeita à doutrina americana do *notice and take down*, de maneira que o descumprimento de pedido extrajudicial de remoção do conteúdo possibilitaria o acionamento do provedor.

Eis que no dia 23 de junho de 2014 entrou em vigor o festejado Marco Civil da Internet, estabelecendo garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no país versando, dentro

vários outros assuntos, sobre o tema monográfico, em uma tentativa fornecer segurança jurídica de maneira que, as soluções não ficariam mais sujeitas apenas ao alvedrio do Poder Judiciário.

Não se pode negar a importância desse marco regulatório, porém, em comparativo com o que se verificava antes da sua inclusão na ordem jurídica, houve um flagrante retrocesso em desfavor do usuário ofendido. Isso porque, suas disposições firmaram que o provedor de conteúdo só poderá ser responsabilizado em caso de descumprimento de ordem judicial para tornar indisponível o conteúdo, e, além disso, a lei limitou o cumprimento dessa ordem às possibilidades técnicas do serviço.

Perceba-se que com a lei restaram por demais limitadas as hipóteses de acionamento do provedor de conteúdo, ao que se defende existir um protecionismo que não se justifica frente os ideais que devem ser perseguidos pela Responsabilidade Civil na atualidade. Houve um nítido retrocesso em matéria social – consumerista –, o que é rechaçado pela Constituição vigente, tendo em vista o princípio implícito da proibição do retrocesso social.

É justamente como fruto do inconformismo com a forma escolhida pelo legislativo para tratar da temática que se formulou uma proposta de um outro caminho a ser seguido. Não se deve perder de vista que os provedores se dispuseram a colocar à disposição da sociedade um meio sobre o qual nem eles mesmos parecem ter o controle adequado, sendo grandemente propenso à violação de direitos, além de verdadeiro propulsor da manifestação do pensamento por meio do anonimato, o que também é expressamente vedado pela Constituição Federal.

Propõe-se, então, que a responsabilidade do provedor seja objetiva, porém, subsidiária. A objetivação tem como premissa inicial o entendimento da falibilidade da culpa como elemento instigador de responsabilidade no presente caso, dadas as peculiaridades da atividade desenvolvida pelo provedor.

É salutar sublinhar, no entanto, que a dispensa da culpa não se estende ao nexos causal, pois não se reputa ser hipótese de desconsiderá-lo para que o provedor possa ser responsabilizado, mas sim de enxergá-lo sob a perspectiva da teoria da causalidade adequada, dentro de um raciocínio que identifica no alargamento do nexos causal um notável mecanismo na busca pela maior proteção da dignidade da pessoa humana.

Além da premissa inicial que assente com o ocaso científico da culpa, escuda-se existir uma fundamentação dúplice para que a responsabilidade dos provedores seja objetiva. Diz-se ser dúplice por se entender existir na situação estudado um consumidor sujeito à atividade de

risco, o que promove a confluência de dois diplomas legais, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. Como a consequência primária de aplicação de qualquer um dos dois é a mesma – responsabilização objetiva – surge a dúvida sobre qual deve ser aplicado para que se estabeleçam as diretrizes da atribuição de responsabilidade em comento.

Frente à dúvida suscitada, se entende ser devida a aplicação do CDC por trazer maior carga de proteção ao usuário lesado, porém, sem perder de vista que a atividade desenvolvida pelo provedor é uma atividade de risco, pois esse reconhecimento é de grande valia no contexto da sociedade de risco, onde as atividades propulsoras do risco são tidas como prioridade e devem direcionar as ações dos mais variados ramos científicos no esforço para controlá-las, a fim de assegurar o equilíbrio social.

Superada a questão de que deve a responsabilidade ser objetiva, postula-se pela determinação da sua subsidiariedade, de forma a gozarem os provedores de um benefício de ordem a fim de não embarreirar o desenvolvimento das suas atividades pela imposição de um ônus muito pesado de ser suportado. No entanto, tal benefício não é inatingível, podendo ser suplantado em casos específicos.

Todo o exposto permite verificar que a real motivação das discussões em torno do problema de pesquisa está na busca por garantir a efetiva reparação da vítima pelo dano porventura sofrido, considerando que há um embasamento ético e filosófico para a Responsabilidade Civil que deve zelar pela justiça social. É com escopo nessas noções que se conclui não ser acertado o entendimento que exclui a responsabilidade dos provedores de conteúdo ou a torna por demais dificultosa.

Assim como na vida no mundo tangível as ações dos seres humanos carregam em si o germen da responsabilidade, o mesmo discurso deve ser levado ao mundo virtual. A Internet não é uma terra de ninguém, ela não tem vida em si mesma, precisa e sempre precisará do homem para manejá-la, renová-la, enfim, fazer com que ela tenha valia e significado. Logo, tais pessoas por trás do que é visto pelas telas não podem ser inatingíveis, devendo estar sujeitas a adequada avaliação de responsabilidade sempre que preciso for.

REFERÊNCIAS

ABREU, Mateus Barbosa Gomes. O futuro do Direito em tempos de globalização: algumas propostas para o Séc. XXI. *In: SOARES, Ricardo Maurício Freire et al. (Coords.). Estudos aplicados de Filosofia do Direito*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 319-340.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. (Coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2014.

ALECRIM, Emerson. **Cluster: conceito e características**. Disponível em < <http://www.infowester.com/cluster.php>>. Acesso em: 06 maio 2014.

ALMEIDA, João Batista De. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. **Redes Sociais na Internet e Direito: a proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2012.

BATISTA, Carlos Roberto Rodrigues. A globalização da Internet e a proliferação do crime de informática. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília, v. 1, n. 14, Jul./Dez. 2000.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade civil pelo fato do serviço. *In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). 20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 379-393.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERALDO, Leonardo de Faria. A Responsabilidade Civil objetiva em decorrência das atividades perigosas (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) e alguns apontamentos do direito comparado. *In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). Introdução Crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 269-292.

BORBA, Júlia. Post ofensivo terá de sair do ar em 24 horas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 22 jun. 2012. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/50220-post-ofensivo-tera-de-sair-do-ar-em-24-horas.shtml>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

_____. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 maio 2014.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 abr. 2014.

_____. **Lei 12.964**, de 23 de abril de 2014. Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 05 nov. 2014.

_____. **Projeto de Lei 2.126/2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/912989.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.402.817 – Proc. 2013/0330208-2. Agravante: Gulf Investimentos S/A. Agravado: Maria de Lourdes de Souza Chantre e outro. Relator: Min.Sidnei Beneti. Rio de Janeiro, DJ 04 fev. 2014.. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1290294&sReg=201303302082&sData=20140204&formato=PDF>. Acesso em: 04 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.764– Proc. 2010/0084512-0. Recorrente: I P DA S B. Recorrido: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Relator: Min. Nancy Andrichi. São Paulo. DJe 08 ago. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1029789&num_registro=201000845120&data=20110808&formato=PDF>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.338.2014 – Proc. 2012/0039646-0. Recorrente: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Recorrido: Roger Eduardo Sasaki. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Mato Grosso. DJe: 02 dez. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1284302&num_registro=201200396460&data=20131202&formato=HTML>. Acesso em: 03 nov. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.396.417 – Proc. 2013/0251751-0. Recorrente: GOOGLE Brasil Internet LTDA. Recorrido: AUTOMAX Comercial LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Minas Gerais. DJe: 25 nov. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1279538&num_registro=201302517510&data=20131125&formato=HTML>. Acesso em: 03 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 340**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0341.htm>. Acesso em: 20 nov. 2014.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Globalização, Direito e Política. *In*: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). **Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 125-136.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHINELATTO, Silmara Juny de Abreu. Pessoa natural e novas tecnologias. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, vol. 27, jan./jun. 2011, p. 45-53

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Normas jurídica e aplicação do direito. 24 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível n. 20130110491704. Terceira Tuma Cível. Relator: Des. Silva Lemos. DJe: 20 maio 2014. Disponível em: <<http://juris.tjdft.jus.br/docjur/788789/789843.Pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

ELI. Pariser, **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

FACEBOOK. **Anúncios e conteúdo do Facebook**. Disponível em: <<https://www.facebook.com/about/privacy/advertising>>. Acesso em: 17 out. 2014.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no Marco Civil da Internet. *In*: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 27-40.

GARCIA, Filipe Rodrigues. A Responsabilidade Civil objetiva: apontamentos sobre o dano injusto e sobre o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. **Revista de Direito**. Minas Gerais, v. 4, n. 2, Jul./Dez. 2012, p.13-42.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet: comentários à Lei n. 12.965/14**. São Paulo: Saraiva, 2014.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Os desafios da globalização: modernidade, cidadania e Direitos Humanos**. 1 ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

KERBAUY, Luís Rodrigues. Diretrizes para o enfrentamento dos danos advindos da Sociedade de Risco. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**. Rio Grande do Sul: Lex Magister, ano 1, nº 6, dez/jan 2012.

KOTLER, Philip. **Administração de Marketing**. Trad. Bazán Tecnologia e Linguística. 10 ed., São Paulo: Prentice Hall, 2005.

_____. **Marketing para o século XXI: como criar, conquistar e dominar mercados**. Trad, Carlos Szlak. São Paulo: Ediouro, 2009.

KRUSE, Leandro. Breve linhas sobre o princípio da proibição do retrocesso social. *In*: TAYAH, José Marco; ROMANO, Letícia Danielle; ARAGÃO, Paulo (Coords.). **Reflexiones sobre derecho latinoamericano: estudios em homenaje a la profesora Flávia Peiovesan**. Buenos Aires: Quorum, 2012, p. 201-213.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. 2005, p. 24. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>>. Acesso em: 29 jul 2014.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**. São Paulo: Método, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Constituição, direitos fundamentais e direitos básicos do consumidor. *In*: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **20 anos do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 157-196.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 10024130523624001. Décima primeira Câmara Cível. Relator: Des. Marcos Lincoln. DJe: 09 set. 2013. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3C5DBC5F267D12424855962A6339CDEB.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.13.052362-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 01 nov. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0435.12.000195-1/001. Décima segunda Câmara Cível. Relator: Saldanha da Fonseca. DJe 20 set. 2013. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=D8EFC298BE8B7B6C3A6DE1F9CD4BE511.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0435.12.000195-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 31 out. 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4 ed., São Paulo: Saraiva: 2013.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias. **Responsabilidade objetiva dos provedores de conteúdo na Internet**. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10772>. Acesso em: 28 out. 2014.

PASSOS, Eridam. Globalização, pós-modernidade e a questão política. *In*: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). **Globalização e Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 57-71.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009. Disponível em < <http://www.ichca.ufal.br/graduacao/biblioteconomia/v1/wp-content/uploads/redessociaisnainternetrecuero.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2014.

REQUIÃO, Maurício. Inadimplemento, dano e responsabilidade: estudo da relação. *In*: **Teses da Faculdade Baiana de Direito: volume 5**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013, p. 111-121.

_____. **Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n. 2008.001.56760. Décima primeira Câmara Cível. Relator: Otávio Rodrigues. Data do julgamento: 03 dez. 2008. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003790A32A96C6175C6959C3228256FF0F38CC402145A06>>. Acesso em: 31 out. 2014.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A justiça social e a solidariedade como fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 18, abr./jun. 2004, p. 109-133.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 20 ed. Rio de Janeiro: Record, 2011.

SANTOS, Milton; ARROYO Mônica. Globalização, Regionalização. *In*: **Indústria e globalização da economia**. Brasília: Sesi-DN, 1997, p. 57-63. Disponível em < http://miltonsantos.com.br/site/wp-content/uploads/2011/08/Globalizacao-regional-a-proposta-do-mercosul_MiltonSantos_MonicaArroyo_1977.pdf>. Acesso em: 03 maio 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2108775-90.2014.8.26.0000. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Data de Julgamento: 14 jul. 2014. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7689119&cdForo=0>>. Acesso em: 03 nov. 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5 ed. São Paulo:

Atlas, 2013.

_____. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SLAVOV, Bárbara. Colisão dos direitos fundamentais com as novas tecnologias. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, n. 40, out./dez. 2009, p. 60-83.

SOUSA, Andréia Nádia Lima de. Globalização: origem e evolução. **Caderno de estudos Ciência e Empresa da Faculdade das Atividades Empresariais de Teresina**. Ano 8, n.1, Jan./2011, p. 2. Disponível em <<http://www.faete.edu.br/revista/Artigo%20Andreia%20Nadia%20Globalizacao%20ABNT.pdf>>. Acesso em: 26 Abr. 2014.

SOUZA, Wagner Mota Alves. Direito à moradia e a responsabilidade do fiador em contrato de locação. **II Jornada de Direito Constitucional**. Brasília: ESMAF, 2014, p. 409-416.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 3 ed. São Paulo: Método, 2014.

TELLES, André. **Geração Digital: como planejar o seu marketing para uma geração que pesquisa no Google, se relaciona no Orkut, manda mensagens pelo celular, opina em Blogs, se comunica pelo MSN e assiste a vídeos no YouTube**. São Paulo: Landscape, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade Civil: noções gerais. Responsabilidade objetiva e subjetiva. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; VITAL DA ROCHA, Maria. **Responsabilidade Civil Contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17-39.

VAINZOF, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 177-205.

VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jefferson Luiz. **Direito e Internet: Contrato Eletrônico e Responsabilidade Civil na Web**. 2 ed., São Paulo: Lemos & Cruz, 2014.

VANCIN, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Franchone. **Marco Civil da Internet: anotações à Lei nº 12.965/2014**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2014.

WOLKOFF, Alexander Porto Marinho. A teoria do risco e a responsabilidade objetiva do empreendedor. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 81, Out./Nov./Dez. 2009, p.113-135.

YOUTUBE. **Sobre o YouTube**. Disponível em <http://www.youtube.com/yt/about/pt-BR/>. Acesso em: 07 maio 2014.

