

A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE INTERNET POR ATOS ILÍCITOS PRATICADOS POR TERCEIROS.

Fabiana Cristhina Almeida Probst Salgado

Graduado em Direito pela Faculdade Metropolitana Unida – FMU. Pós Graduada em Processo Civil pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestranda em Direito Civil pela PUC/SP. Advogado em São Paulo

Sumário: I – Breve resumo do julgado. II – Generalidades sobre a Internet e as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços. II.1 O funcionamento da Internet. Breve relato. II.2 Os provedores de serviços de Internet. III Das obrigações inerentes às atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços e a influência do direito estrangeiro. IV - A função punitiva da responsabilidade civil. V – Da responsabilidade civil e o risco excepcional da atividade desenvolvida e a adoção da causalidade alternativa para responsabilização – VI – Conclusão. VII – Bibliografia.

I – BREVE RESUMO DO JULGADO

O acórdão objeto do presente estudo foi prolatado por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º 1186616, 3.ª Turma, sob relatoria da Ministra Nancy Andrigli, julgado aos 23 de agosto de 2011.

A hipótese concreta trata de ação indenizatória por danos morais ajuizada por A.M.S.M em desfavor das empresas Google Brasil Internet Ltda e Google, Inc. sob alegação de ter sido alvo de ofensas em página de internet na rede social “Orkut”, mantida pela Google.

Houve a concessão de tutela antecipada, para o fim de determinar a “retirada do álbum de fotos do perfil ‘Pirapora Linda’, da rede social ‘Orkut’, a foto, bem como os comentários relacionados ao requerente”.

A ação veio a ser julgada procedente, para tornar definitivo os efeitos da tutela, condenando a Google ao pagamento de indenização por danos morais arbitrada em R\$ 8.300,00

Contra referida decisão, a Google interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual foi negado provimento aos seguintes argumentos:

“Não se dispendo as proprietárias do site de relacionamentos a desenvolver uma ferramenta de controle verdadeiramente pronto e eficaz contra a prática de abusos, tampouco procedendo à identificação precisa do usuário que posta mensagem de conteúdo claro e patentemente ofensivo à honra e imagem de outrem, entendendo que elas assumem, integralmente, o ônus pela má-utilização dos serviços que disponibilizam. Portanto, considero que as requeridas são, efetiva e solidariamente, responsáveis pelos prejuízos de ordem moral causados ao requerente, em decorrência da infausta postagem de perfil difamatório por usuário do “Orkut”, cuja precisa e necessária identificação não se dignaram a fazer. A indenização por danos morais deve alcançar valor tal, que sirva de exemplo para as rés, sendo ineficaz, para tal fim, o arbitramento de quantia excessivamente baixa ou simbólica, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para o autor, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida”.

Irresignado, a empresa Google veio a interpor recurso especial com fundamento nas alíneas *a* do art. 105 da Constituição Federal, alegando violação dos arts. 128, 293, 458, 515, §1º e 535, todos do CPC e arts. 186, 265 e 927 do Código Civil vigente, argumentando, em especial, que não houve pedido inicial para identificação do usuário que propagou as ofensas por meio do site de relacionamento.

Esse não foi o único fundamento adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais para imputar a responsabilidade solidária da empresa Google pelos danos morais ocasionados à A.M.S.M.

Na verdade a condenação centrou-se, preponderantemente, no fato de ter ficado cabalmente demonstrado que o serviço prestado é falho, vez que não garante ao usuário a segurança necessária, permitindo a veiculação de missiva de conteúdo extremamente ofensivo e dasabonador. O Tribunal de Justiça local consignou que “em virtude da própria natureza do serviço prestado”, o *site* deveria desenvolver mecanismos de controle efetivo e eficaz do conteúdo das mensagens, perfis e/ou comunidades criadas por seus usuários.

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial interposto aos seguintes argumentos: a) exploração comercial da internet sujeita as relações jurídicas de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/92; b) o fato do serviço prestado pelo provedor de serviço de “internet” ser gratuito não desvirtua a relação de consumo; c) 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 danos e imagens nele inseridos; d) 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/02; e) Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma energética, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada; f) 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 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 por culpa *in omittendo*; g) Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo que registra o número de protocolo (IP) na internet dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos usuários, na medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviços de internet.¹

Para tratar do acórdão ora sob comento, inicializaremos nosso estudo tratando de alguns pontos pertinentes relativos aos provedores de serviços de internet e, posteriormente, buscaremos trazer alguns argumentos favoráveis e contrários à tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça.

II – GENERALIDADES SOBRE A INTERNET E AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET.

Ao longo dos últimos séculos passamos por uma revolução no seio social, acarretando mudanças significativas na forma de comunicação e interação. Como mola

propulsora deste desenvolvimento na forma de comunicação podemos destacar a *internet*, que transcendeu os limites do território estatal, possibilitando a interação entre indivíduos situados em diversos Estados. Nasce com isso, uma nova sociedade baseada no progresso das tecnologias. Nasce o que se denominou chamar de sociedade da informação, “constituída em tecnologias de informação e comunicação, que envolve a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios eletrônicos”.²

Hodiernamente para se obter uma informação basta dar o famoso “*click*”, eis que elas estão dispostas na rede mundial de computadores e podem ser acessadas de qualquer parte do mundo, por qualquer pessoa. Percebe-se, portanto, que a *internet* reduziu sobremaneira as barreiras de tempo e distância para obtenção de qualquer tipo de informação.³

Tal fenômeno mundial trouxe aspectos positivos e negativos para as sociedades em geral. Se de um lado a *internet* facilitou as formas de comunicação e interação social, por outro lado facilitou igualmente as formas de agressão a direitos fundamentais.

Entretanto, para que haja o desenvolvimento dessa nova forma de comunicação se torna necessário um elemento apto a possibilitar o acesso dos usuários à rede mundial de computadores, vale dizer, à *internet*. Aqui, nasce a figura dos provedores de serviços. Todos eles detêm uma importância fundamental para o desenvolvimento do espaço virtual e cada um deles estabelece relações jurídicas distintas, quer com os usuários finais, quer entre os próprios provedores, o que faz incidir, portanto, regimes jurídicos específicos para cada liame jurídico entabulado, o que traz a lume a adoção do sistema de responsabilidade civil correspondente.

Nos importa aqui o estudo da responsabilidade civil à luz de uma releitura de seus elementos caracterizadores, tendo em vista que a descrição clássica de seus pressupostos não corresponde às decisões que, diuturnamente, são vistas nos tribunais pátrios, em especial quando envolvem a questão do nexo de causalidade.

¹ Trecho da ementa extraída do Recurso Especial nº 1186616.

² Cf. Paulo Hamilton Siqueira Junior. *O direito na sociedade da informação*, in *Revista do UniFMU*, ano XVII, 2003, nº 25, p. 61.

³ Aqui pode-se levantar a questão da efetividade das tutelas inibitórias diante dessa nova forma de comunicação e interação.

A responsabilidade civil “transmite uma idéia de recuperação de equilíbrio instrumentalizada pela reparação dos danos. É colorário do dever geral expresso na máxima latina do *neminem laedere*, ou seja, de que não se deve a ninguém lesar, de modo que, uma vez causado o prejuízo, emerge o dever de reparação”.⁴ E a quem atribuir a responsabilidade nessa sociedade digitalizada, em que o anonimato, em sua grande maioria, prevalece?

II.1 – O FUNCIONAMENTO DA INTERNET – BREVE RELATO

A *internet* é organizada em forma de redes, de âmbito nacional, regional e local. Contudo, há necessidade de um instrumento apto a armazenar grande volume de informações. Surge, aqui, a figura do *backbone*, que nada mais são do que estruturas de rede de âmbito nacional. Os *backbones* são as espinhas dorsais para o funcionamento da *internet*. A eles são interligado redes menores, de abrangência regional, como a Academic network at São Paulo – ANSP -, em que os provedores de acesso se conectarão às espinhas dorsais.

Cada computador individual é parte integrante de uma rede e, ao se conectar, por meio do provedor de acesso, a ela se liga, possibilitando, assim, a troca de informações. As diversas redes se conectam entre si por intermédio de pontos de acesso, cuja função é possibilitar a comunicação entre computadores que não faz parte de uma mesma rede. Para possibilitar essa junção de redes os provedores de acesso possuem diversos pontos de presença espalhados por uma determinada área territorial. Por sua vez, para conectar todos esses pontos de presença á mesma rede de acesso, o provedor de acesso utiliza cabos de fibras óticas ou de telefones de um provedor de *backbone*.⁵

Todos os provedores de acesso são conectados a pontos de acesso que, por sua vez se conectam a uma rede. Porém, para que haja a troca de informações é imprescindível a presença de roteadores e *backbones* para o tráfego de dados.

É o roteador que vai permitir a conexão e o tráfego de informações entre dois ou mais computadores. Esse procedimento só tornou-se possível graças ao TCP/IP⁶, o qual

⁴ Nesse sentido, cf. Igor Volpato Bedone. Elementos da responsabilidade civil e presunção de causalidade in Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e relações de consumo (Coord. Rogério Donini e Celso Antonio Pacheco Fiorillo). Vol. 9, pg. 81.

⁵ Cf. Marcel Leonard. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 6

⁶ O TCP/IP é a linguagem do computador. Desta forma, para que dois ou mais computadores se comuniquem é imprescindível a utilização do mesmo protocolo, da mesma linguagem.

permite que diferentes computadores se comuniquem entre si, utilizando os pacotes de dados, conforme já vislumbrado.

Os dados que trafegam pela rede são armazenados em servidores, que fornecem serviços e informações na rede. Nas palavras de Marcel Leonardi “quando um usuário acessa um determinado *site*, seu computador funciona como cliente, que obtém dados do servidor onde está armazenado aquele *site*. Tais servidores disponibilizam seus serviços utilizando portas de conexão, que nada mais são do que as vias de acesso de um computador cliente a um servidor”.⁷

Assim, para acessar a *internet*, mister que haja um provedor, portanto, que disponibiliza aos usuários finais serviços de conexão, através do acesso discado, realizando a conexão via *modem* pela rede telefônica, ou ainda, através do acesso dedicado, feito através de uma linha privativa de comunicação de dados, em que o acesso é disponível em tempo integral, sem a necessidade de disar.⁸

Há que ressaltar que na medida em que novas tecnologias são criadas novos meios de informações surgem, o que nos faz concluir que hão de surgir novos meios de transmissão. A exemplo, tem a conexão de redes sem fio, que já estão sendo disponibilizados por alguns provedores, que possibilita a conexão à *internet* de um computador que esteja na área de cobertura de um determinado ponto de conexão, de grande utilização em aeroportos. Ainda, a título ilustrativo, há uma nova versão do *Internet Protocol*, que deverá ser importante nos próximos anos, qual seja, o IPv 6, cujo foco dos trabalhos é o gerenciamento de endereços, qualidade dos serviços e segurança. O IPv 6 está sendo desenvolvido para rodar tanto em redes de alto desempenho, como em redes com baixa banda, além de promover uma plataforma para as novas funcionalidades da *internet* que serão usadas no futuro. Na nova versão do protocolo IP, foi eliminado a fragmentação de pacotes, como inicialmente exposto.⁹

II.2 OS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET

Nos dizes de Marcel Leonardi “provedor de serviço de *internet* é gênero do qual tem como espécies os provedores de *backbone*, provedores de acesso, provedores de correio eletrônico, provedores de hospedagem e provedores de conteúdo”.¹⁰ Podemos

⁷ Cf. Marcel Leonard. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 9.

⁸ Informações retiradas do *site* www.wirelessbrasil.org/provedor_como_fazer.html. Acesso em 02.01.2006.

⁹ Cf. Frank Ned. *A nova geração de protocolos IP*, in <http://www.rnp.br/newsgens>. Acesso em 05.01.2006.

¹⁰ Cf. Marcel Leonard. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 19.

observar que à luz do julgado em comento, os Tribunais já vêm adotando essa nomenclatura.

É a pessoa jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da *internet* ou por meio dela. Desta forma passaremos a analisar as espécies de provedores com o fito de aferir a natureza jurídica da relação por eles travadas para, então, deduzir o sistema de responsabilidade civil.

II.2.1 PROVEDOR DE BACKBONE

Verificamos que os *backbones* são estruturas de redes capazes de manipular grande volume de informações, representando o nível máximo de hierarquia de uma rede de computadores. Desta forma o provedor de *backbone* é a pessoa jurídica que detêm essas estruturas de rede, com o objetivo de fornecer o acesso a *internet* para as redes menores, como as regionais e locais, através dos pontos de presença.

É o tronco principal de uma rede de acesso à *internet*. Contudo, se torna necessário a presença do provedor de acesso, pois ele se conectará a essa “rede mãe”, de maneira a possibilitar o acesso, aos seus usuários finais, à gama de informações armazenadas nessas estruturas de rede.

O primeiro provedor de *backbone* no Brasil foi a Rede Nacional de Pesquisas – RNP-, sendo dela que dependia todo o desenvolvimento da *internet* no País. Todavia, ao longo do tempo possibilitou-se que empresas públicas ou privadas se conectasse a RNP e, hodiernamente um dos maiores exemplos de provedor de *backbone* é a EMBRATEL.¹¹

De acordo com Marcel Leonardi “as estruturas de redes que o provedor de *backbone* possui, são disponibilizadas a título oneroso aos provedores de acesso, para que estes, por intermédio dos pontos de presença, possibilitem a todos os seus usuários, comunicar-se entre si, por estarem usufruindo uma mesma rede”.¹²

Forma-se, então, a primeira cadeia de relações jurídicas. Vejam-se: o provedor de *backbone* fornece suas estruturas de rede normalmente aos provedores de acesso a título oneroso. Por conseguinte, o provedor de acesso revendem aos usuários finais esse

¹¹ Disponível em: <http://www.rnp.br/historico.html>

¹² Cf. Marcel Leonard. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 6

acesso às informações contidas naquelas estruturas. Percebam-se que o usuário final dificilmente terá acesso direto com o provedor de *backbone*.

Desta forma, o provedor de *backbone* é elemento essencial para o desenvolvimento da internet, uma vez que ele disponibiliza as estruturas de rede que armazenam as informações veiculadas na *web*.

II.2.2 PROVEDOR DE ACESSO

Pode ser considerado como o elemento de conexão entre o usuário da *internet* e as informações veiculadas na rede. É através da conexão ofertada pelo provedor de *backbone* que o provedor de acesso consegue se conectar a gama de informações veiculadas pela rede nacional e fornecer, aos usuários finais, o acesso à rede de computadores, possibilitando, assim, a troca de informações.

Para ser considerado provedor de acesso deve-se analisar e aferir a atividade fim, a principal por ele oferecida, qual seja, o acesso à *internet*. Assim, não há que falar em provedor de acesso como sendo “aquele que oferece serviço de natureza vária, seja franqueando o endereço na *internet*, seja armazenando e disponibilizando *site* para a rede, seja prestando e coletando informações, etc”, como conceituado por Newton De Lucca.¹³ Melhor seria dizer que o provedor de acesso também pode oferecer, por exemplo, o serviço de correio eletrônico, uma vez que atualmente grande parte dos provedores não se limitam à sua atividade principal.

Nos antecipamos no sentido de não distinguir, para fins de responsabilidade civil, a atividade preponderante desenvolvida pelo Provedor, tendo em vista que, diante do dinamismo imprimido na sociedade, que encontra-se em constante evolução, se o provedor é capaz de desenvolver outras atividades, como por exemplo, (conteúdo, correio eletrônico e acesso), deve se precaver em todas elas, adotando todas as medidas necessárias para prevenção do dano.

A função do provedor de acesso, como bem ressaltou Erica Brandini Barbagalo “é atribuir ao usuário um endereço de IP para que possa se conectar à *internet* e dela

¹³ Cf. Newton De Lucca. *Títulos e contratos eletrônicos – advento da informática e seu impacto no mundo jurídico* in *Direito & Internet, aspectos jurídicos relevantes*. 1º ed. (Coords. Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho). São Paulo: Edipro, 2001, p. 60

fazer o uso, conforme sua vontade”.¹⁴ Esse número de IP é fornecido ao usuário para se conectar a rede. Desta forma qualquer acesso e atividade promovida pelo usuário na *web* fica registrada com esse número de IP.

Esse serviço prestado ao usuário, todavia, pode ser feito a título oneroso, como o UOL, por exemplo ou aparentemente gratuito, como bem ressaltado por Marcel Leonardi¹⁵, mediante remuneração indireta para pelos anunciantes e pelas companhias telefônicas. A título exemplificativo temos o provedor *IG*.

II.2.3 PROVEDOR DE CORREIO ELETRÔNICO

Modernamente verifica-se que a grande parte dos provedores de *internet* não só oferecem sua atividade principal, como também algumas acessórias. O provedor *IG* oferece não só o acesso a rede mundial de computadores, como também disponibiliza serviços de e-mail, de hospedagem e de informação.

Assim como os provedores de acesso, o provedor de correio eletrônico pode oferecer seus serviços de modo oneroso ou aparentemente gratuito, vez que recebe remuneração indireta dos anunciantes. Exemplo típico e corriqueiro são os anúncios ao final das mensagens.

Não se pode esquecer, todavia, das instituições, empresas, órgãos públicos dentre outros que fornecem para seus empregados e funcionários um *login* e uma senha de acesso a um espaço em seu servidor para o armazenamento de mensagens. De certa forma, tais órgãos atuam como provedor de acesso e de correio eletrônico, bem como de hospedagem.

Assim, como bem afirma Roberto Senise Lisboa¹⁶, se o usuário que recebe o nome e uma senha de uso pessoal é o destinatário final dos serviços prestados pelo provedor de correio eletrônico, pode-se afirmar que a relação contratual estabelecida entre eles é de consumo, eis que se encontram, cumulativamente, todos os requisitos para se estabelecer uma relação jurídica de consumo.

¹⁴ Cf. Erica Brandini Barbagalo. *Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet in Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet* (Coords. Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg). São Paulo: RT e Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 345.

¹⁵ Cf. Cf. Marcel Leonard. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 25.

¹⁶ Cf. Roberto Senise Lisboa. *Contratos difusos e coletivos*. 2º ed. São Paulo: RT, 2000, p. 296.

Desta forma, o provedor de correio eletrônico, através de um cadastro prévio do usuário, dispõe de um espaço em seu disco rígido para que o usuário possa receber e enviar mensagens, podendo acessá-las mediante o uso de senha e *login* pessoal.

II.2.4 – PROVEDOR DE CONTEÚDO e INFORMAÇÃO

Não raro, ante a evolução e aprendizagem da sociedade em face das novas tecnologias disponibilizadas, visualizamos na *internet* a criação de páginas pessoais, de informações criadas pelos usuários e disponibilizadas na rede mundial. Sob esse aspecto denominamos de provedor de informação as pessoas físicas ou jurídicas que criam as informações a serem disponibilizadas na rede. Porém, para que isso ocorra, além de ter um acesso prévio à rede, se torna necessário a presença de um provedor que disponibilize essas informações na rede. Nasce aqui, a figura do provedor de conteúdo.

Em verdade, a mesma pessoa jurídica, por exemplo, pode ser o provedor da informação, pois ela mesma que cria o conteúdo a ser divulgado e as divulga, tornando-se o provedor de conteúdo.

Vimos que provedor de serviço de *internet* é a entidade que oferece serviços na rede mundial de computadores e, de acordo com a natureza desses serviços classificamos os provedores em espécies. Desta forma, aquele que cria a informação para um provedor de conteúdo ou de hospedagem divulgá-la, nada mais faz do que fornecer essas informações aos usuários da rede.

O provedor de conteúdo, por sua vez, é, também, a pessoa física ou jurídica que divulga essas informações, utilizando para armazená-las dos serviços prestados pelo provedor de hospedagem ou de servidores próprios. Temos, hoje, pessoas criando páginas pessoais e desta forma pode divulgar qualquer tipo de informação, sejam elas criadas pelos próprios usuários criadores do *site* ou por outros usuários da rede.

A título exemplificativo temos o provedor UOL, IG, BOL, GLOBO, Estadão que disponibilizam em suas páginas informações de conteúdo diversos. Desta forma, se eles criaram as informações ali contempladas, são tidos como provedores de informação. Porém, se apenas disponibilizaram tais informações, neste caso são apenas provedores de conteúdo.

Mais um exemplo que podemos citar é o *site* mercado livre.com, que oferece uma série de produtos anunciados para venda por seus usuários previamente

cadastrados. Neste caso, o provedor mercado livre não cria as informações ali referidas, mas apenas as divulga, tornando-se, assim, provedor de conteúdo.

II.2.4 – PROVEDOR DE HOSPEDAGEM

Diante das informações disponibilizadas na rede pelos usuários urge a necessidade de um espaço para armazená-las para que os demais usuários da rede possam acessar as informações veiculadas. Nasce aqui a figura do provedor de hospedagem que é, no conceito trazido por Marcel Leonardi “ a pessoa jurídica, formalmente constituída que fornece o serviço de armazenamento de dados, permitindo que o criador de determinado *site* o disponibilize na rede de transmissão de informações diuturnamente, ou seja, 24 horas por dia e 7 dias da semana, possibilitando, com isso, que terceiros tenham o acesso a tais dados disponibilizados, nos termos das condições estabelecidas com o contratante de serviços.¹⁷

O serviço de hospedagem é conhecido com *hosting*, ou seja, o contrato mediante o qual o prestado de serviços concede ao co- contratante gratuitamente ou onerosamente o direito ao alojamento de arquivos informáticos que ficam a disposição dos usuários da rede, de forma restrita ou ilimitada.

Há determinados sites em que o acesso a informação somente é possível aos usuários previamente cadastrados. Por outro lado, *sites* existem em que qualquer usuário da rede acessa livremente as informações disponibilizadas.

III. DAS OBRIGAÇÕES INERENTES ÀS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELOS PROVEDORES DE SERVIÇOS E A INFLUÊNCIA DO DIREITO ESTRANGEIRO.

A idéia de positivismo desenvolvida por muitos séculos, ligada a idéia de sistema jurídico fechado, composto apenas de normas vem sendo superada, a partir de uma visão mais axiológica do sistema jurídico, que passou a se atentar para os valores fundamentais de ordenamento. Tais valores se desenvolvem a partir das situações jurídicas ou relações jurídicas travadas no seio da sociedade.

Pois bem.

¹⁷ Cf. Marcel Leonard. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 27.

O nosso Sistema Jurídico atual ainda não desenvolveu uma legislação própria para as atividades dos provedores de serviços de internet. Todavia, o sistema Europeu, através de suas Diretivas, regulamentou essas atividades. A principal delas é a Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu que trata do comércio eletrônico no sistema da União Europeia.

Infere-se do julgado ora combatido a influência dessa Diretiva para análise da hipótese fática posta à apreciação. Vejamos

A Secção 4 da referida Diretiva trata diretamente da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços. De acordo com o art. 12º da referida Diretiva *“No caso de prestações de um serviço da sociedade da informação que consista na transmissão, através de uma rede de comunicações, de informações prestadas pelo destinatário do serviço ou em facultar o acesso a uma rede de comunicações, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador não possa ser invocada no que respeita às informações transmitidas, desde que o prestador: a) Não esteja na origem da transmissão; b) Não seleccione o destinatário da transmissão; e c) Não seleccione nem modifique as informações que são objecto da transmissão”*.

O referido dispositivo diz com os provedores de conteúdo, ou seja, a regra é a da não responsabilização, desde que o provedor não esteja na origem da transmissão, não selecione o destinatário da transmissão e não faça um editorial prévio antes da transmissão das informações.

Isso porque, nos termos do artigo 15º da referida Diretiva, os Estados Membros não podem impor uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou ainda, uma obrigação geral de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes.

O que se torna possível aos provedores de serviços na sociedade de informação é a obrigação de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as atividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido desta, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem

Vislumbra-se que no Sistema da União Européia, o provedor de serviços têm, em certos casos, o dever de agir para evitar ou fazer cessar as atividades ilícitas.

Os provedores, de um modo geral, não são obrigados a monitorar o conteúdo das informações que transmitem ou armazenam. Todavia, uma vez comunicado acerca dos atos ilícitos praticado por usuários, deve adotar medidas para fazer cessar a atividade, sob pena de ser responsabilizado solidariamente.

Em verdade, os Provedores de Internet devem se atentar para alguns deveres que são inerentes às suas próprias atividades. Não há uma norma expressa no ordenamento jurídico que imponha claramente esses deveres.

Como restou delineado no julgamento do Resp 1.117.633, de relatoria do Min. Herman Benjamin, da 2ª Turma, j. 09/03/2010, cujo trecho nos permitimos transcrever:

“ A internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e sem responsabilidade pelos abusos que lá venham ocorrer. No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmudar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro.

Quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos da personalidade de internauta e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais mezinhos da vida em comunidade, seja ela real ou virtual.

Essa co-responsabilidade parte do compromisso social da empresa com a sociedade, sob o manto da excelência dos serviços que presta e da merecida admiração que conta em todo mundo – é aceita pelo Google, tanto que atuou de forma decisiva, no sentido de excluir páginas e identificar os gângsteres virtuais. Tais medidas, por óbvio, não bastam, já que reprimir certas páginas ofensivas já criadas, mas nada fazem para impedir o surgimento e multiplicação de outras tantas, com conteúdo igual ou assemelhado, é, em tese, e estimular um jogo de Tom e Jerry, que em nada remedia, mas só prolonga a situação de exposição, de angústia e de impotência das vítimas das ofensas”.

Infere-se, portanto, que esse dever de prevenção e repressão às ofensas perpetradas no seio da internet diz estritamente com a observância do preceito maior

defendido não apenas pela nossa Constituição Federal, mas também por todos os países que aderem à Declaração dos Direitos da Pessoa Humana, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

A mobilidade e a abertura, ainda que relativa, do nosso Sistema Jurídico possibilita a aplicação de premissas e normas externas à hipótese fática colocada à apreciação.

Há um sim um dever geral imposto aos provedores de internet, qual seja, um dever de agir no caso de conhecimento de ofensas perpetradas no ambiente de rede, em nome da proteção à dignidade da pessoa humana, em todos os seus aspectos, mas também como observância da boa-fé objetiva, permitindo a interpretação de eventual omissão realizada no caso concreto, para fins de responsabilização.

Assim, pode-se concluir com acerto que aos provedores impõe-se não apenas o dever de agir quando instado a fazer (retirar página do ar por ofensa aos direitos personalíssimos de um usuário), mas também adotar medidas para obstar tais ocorrências.

A exemplo, colocar um link na página do Orkut “denunciar abusos”, não é meio hábil a coibir a propagação de ilícitos, posto que a ofensa já foi perpetrada, com a veiculação de determinada imagem ou mensagem antes mesmo da denuncia por parte da vítima.

Esse dever de prevenção decorre, igualmente, da própria evolução das tecnologias e do desenvolvimento da *internet*. Ora, é o provedor que detém a tecnologia, cabendo a ele e somente a ele assumir os riscos de suas atividades. O risco passou a integrar os elementos essenciais da responsabilidade civil, diante da sociedade moderna, ou pós-moderna.

É inerente à atividade dos provedores de *internet*, portanto, a *utilização de tecnologias apropriadas*, de acordo com o desenvolvimento rápido e eficaz da tecnologia. Verifica-se que boa parte dos problemas apresentados pelos provedores decorre do uso de tecnologias ultrapassadas ou mesmo ineficientes, ou ainda, por falta de preparo para verificar a possibilidade ou não de instalação de determinado equipamento para fruição normal e correspondente àquilo que se esperava do serviço contratado por parte do usuário final.¹⁸

¹⁸ Nesse sentido já decidiu o TJRJ no sentido de que o serviço prestado para rapidez no acesso à internet, uma vez apresentado falhas, interrupções e lentidão na conexão gera o dever de indenizar, uma vez que

Cumpra observar que diante dessa rápida evolução tecnológica, muitas vezes acaba se tornando até mesmo impossível conter, por exemplo, uma invasão por parte de terceiro. Porém, cumpre ressaltar, a responsabilidade solidária por ato de terceiro só surgirá se restar demonstrado que ao tempo da invasão o provedor não utilizava tecnologia apropriada, e sim ultrapassadas e inadequadas.

Para fins de responsabilização, a causalidade adequada seria o não uso de tecnologias apropriadas para época em que se deu a ocorrência do dano.

O r. acórdão que ora se comenta, o que já se adianta não concordar, tendo em vista que na atual realidade as empresas passariam a se mascarar por trás de uma finalidade específica para se eximir de eventual responsabilidade.

Nos termos do voto da Min Relatora Nanci Andrighi *“inicialmente é preciso determinar a natureza jurídica dos provedores de serviços de internet, em especial da GOOGLE, pois somente assim será possível definir os limites de sua responsabilidade e a existência de relação de consumo. A world wide web (www) é uma rede mundial composta pelo somatório de todos os servidores a ela conectados. Esses servidores são bancos de dados que concentram toda a informação disponível na internet, divulgadas por intermédio das incontáveis páginas de acesso (webpages). Os provedores de serviços de internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de*

apresentava inviabilidade técnica de instalação, causando ao consumidor danos morais e materiais. Percebe-se, diante do julgado, que o plano “velox” contratado com a provedora TELEMAR não apresentava as condições necessárias para fruição natural, frustrando a expectativa do consumidor em ter um acesso rápido à rede de computadores. Nesse sentido é a íntegra do acórdão. Referimo-nos, aqui á ementa: Rito ordinário. Indenizatória. Plano velox de acesso rápido à internet contratado com a Telemar. Lentidão, falha e interrupção nas conexões com o provedor. Laudo técnico dos prepostos da ré, concluindo pela inviabilidade técnica da instalação, após 20 meses da contratação do serviço. Trata-se de responsabilidade objetiva, decorrente de relação de consumo, na qual o fornecedor de serviço responde perante o consumidor pelos danos a ele causados, independentemente da existência de culpa. Incabível a devolução dos valores pagos, sob pena de enriquecimento ilícito, eis que, embora o serviço não tenha funcionado de forma adequada, o autor fez uso do mesmo. O valor da indenização, fixado em r\$ 5.000,00, guarda relação de proporcionalidade com o dano. desprovimento dos recursos. (Cf. Ap. Cível nº 2006.001.61075, Des. Helena Candida Lisboa Gaede, 7º C. Cível.j.02.05.2007).

informação, que produzem as informações divulgadas na internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação. É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de internet; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado. Na hipótese específica do ORKUT, rede social virtual na qual foram veiculadas as informações tidas por ofensivas, verifica-se que a GOOGLE atua como provedora de conteúdo, pois o site disponibiliza informações, opiniões e comentários de seus usuários. Estes usuários criam páginas pessoais (perfis), por meio das quais se relacionam com outros usuários e integram grupos (comunidades), igualmente criados por usuários, nos quais se realizam debates e troca de informações sobre interesses comuns”.

Hoje estamos diante de uma multifacetária rede de funções atribuídas a um único provedor. Ora, se o provedor se dispõe a desenvolver outras atividades, como promover o acesso a rede, disponibilizar um espaço para armazenamento de dados bem como dispor de um serviço de correio eletrônico, é consequência natural que venha a responder por cada uma das atividades desenvolvidas.

Não se pode conceber hoje, diante do princípio fundante do nosso Ordenamento Jurídico da dignidade da pessoa humana que os Prestadores de Serviços no universo virtual sejam responsabilizados apenas pelo desenvolvimento de suas atividades primordiais, sob pena de chegarmos ao ponto de não impor qualquer responsabilidade se não restar demonstrado qual a prevalência dessas funções. Há que observamos, independentemente das atividades principais exercidas, aquelas com potencial para expor à dano ou a perigo de dano direito de terceiro. Há um plus para se desenvolver a idéia de risco da atividade.

Presenciamos uma realidade em que existem violações constantes na *web* de direitos personalíssimos e, desta forma, se propugna por mecanismos que inibam cada vez mais o cometimento de delitos na *internet*. Por outro lado, a tecnologia avança a cada instante, competindo aos provedores adotar medidas de maior segurança para seus usuários, de forma conjunta, pois para se acessar um *site* se torna necessário um acesso prévio à rede, o que é feito pelo provedor de acesso, e assim por diante. Há que existir um esforço conjunto dos fornecedores de serviço.

Os provedores de serviços na rede devem garantir, de forma conjunta, o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários, bem como o

funcionamento e a manutenção das páginas na internet que contenham as contas individuais e as comunidades desses usuários, a exemplo do Google.

Independentemente da atividade específica desenvolvida pelo provedor de internet, a partir do instante em que toma conhecimento de atos ilícitos praticados em seu ambiente, deve adotar, de imediato, todas as medidas necessárias para evitar maiores danos à integridade psíquica e moral da vítima, sem esquecer, por natural, da adoção de medidas preventivas, com o uso de tecnologias adequadas ao momento e ao tempo.

Nos dias atuais, diante da gama de informações veiculadas na *web* torna-se inconcebível exigir que o provedor de conteúdo e informação exerça um controle editorial prévio, ainda mais quando se trata de sites de relacionamento, como o Orkut, Facebook em que a postagem de informações é feita diretamente pelo usuário, sem qualquer ingerência. Assim, não há como imputar, nesses casos, um dever de controle quanto ao conteúdo postado. Não está aqui diante de sites de notícias em que há possibilidade de um controle editorial antes da sua divulgação, mas de um ambiente em que informações são trocadas diretamente pelos usuários e, assim, sob o manto do anonimato, muitos deles acabam praticando atos ilícitos e violando os direitos personalíssimos das vítimas.

Impõe-se aqui uma obrigação geral, ou um dever geral de imprimir todos os esforços para coibir a prática de ilícitos.

IV – A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Indagar a função punitiva da responsabilidade civil, numa época em que se assiste à objetivação da responsabilidade civil, à socialização do dano, sendo maior a preocupação com o ressarcimento do lesado, e colocando-se em um plano secundário a responsabilização do lesante pode parecer anacronismo. No entanto, parece-nos que a socialização do dano aumenta o interesse de outras funções da responsabilidade civil, pois a absorção da função reparatória deste instituto de Direito Civil por sistemas de garantias acaba por colocar em risco a sua subsistência, caso se entenda que a responsabilização civil depende exclusivamente do escopo ressarcitório.

Essa fragilidade da função exclusivamente reparatória comprova-se pelo reconhecimento de que é justo atribuir um montante ao lesado, por danos não patrimoniais, não obstante serem estes insusceptíveis de avaliação em dinheiro.

PAOLO GALLO, em seus estudos acerca da responsabilidade civil, entende que o que ocorreu é uma *depatrimonializzazione Del diritto privato*¹⁹ quando estamos diante, por exemplo, de danos à saúde, à personalidade, etc. Os danos ambientais, por exemplo, tem ampla difusão, o que reflete na incerteza de identificação dos lesados.

Nessa esteira de pensamentos, não podemos olvidar que os direitos da personalidade, diuturnamente violados por meio da evolução tecnológica, constituem, na expressão de Menezes Cordeiro, “núcleo basilar de bens pessoais juridicamente reconhecidos.”²⁰

Percebe-se, hodiernamente, que os Tribunais tem fixado indenizações irrisórias para danos tão graves, tais como aqueles praticados por terceiros no seio de uma determinada rede social, tornando-se, extremamente vantajoso lesar. A necessidade de uma sanção pecuniária compulsória na tutela dos direitos da personalidade é medida que se impõe de imediato.

Não nos compete, por ora, exaurir acerca das funções da responsabilidade civil, tendo em vista que o nosso foco é o estabelecimento de um nexos causal para trazer a lume o dever de indenizar. Todavia, não se pode perder o foco, no sentido de que, hoje é mais do que necessário implementar uma responsabilização punitiva, sancionatória no sentido de impingir a prática de ilícitos e até mesmo prevenir a sua ocorrência.

V – DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O RISCO EXCEPCIONAL DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA E A ADOÇÃO DA CAUSALIDADE ALTERNATIVA PARA RESPONSABILIZAÇÃO.

De início, nos cumpre observar que nos últimos anos assiste-se a uma contínua mudança na avaliação dos pressupostos da responsabilidade civil consagrados pela doutrina, fruto das transformações no nosso sistema jurídico.

O sistema de responsabilização civil consagrado pelas grandes codificações ancorava-se em três pilares: culpa, dano e nexos causal. A prova da culpa e do nexos causal, nem sempre era possível, o que impedia, assim, a punição do autor do dano. Hoje, tem-se o afastamento da culpa e até mesmo do nexos causal para fins de responsabilização civil.

¹⁹ *Pene Privae e Responsabilità Civile*. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, p. 13.

²⁰ *Tratado de Direito Civil*, Parte I, Título I, cit., p. 202.

Passamos de um sistema em que consagrava a culpa como elemento indispensável à reparação civil, para um sistema de objetivação. Todavia, diante desses novos danos que surgem, decorrentes do uso da tecnologia, o próprio nexo causal vem se tornando ineficiente para fins de imputação da responsabilidade civil.

Todas aquelas teorias da causalidade formuladas por séculos e séculos hoje se mostram um rótulo, esvaziando-se o seu sentido. Isso se tem comprovado ao analisar as inúmeras decisões que refletem uma flexibilização do nexo causal, garantindo, na prática, reparação às vítimas dos danos.

Temos que pensar o direito como ele é hoje e construir arcabouços jurídicos de acordo com a nossa realidade, sem nos prender aqueles paradigmas clássicos. Como se vê, os Tribunais têm se recusado a dar à prova do nexo causal o mesmo tratamento rigoroso e dogmático que, no passado, haviam atribuído à prova da culpa.

Pois bem, diante da flexibilização do nexo causal surge a questão? É todo risco da atividade de proporciona um estabelecimento de causa antecedente para fins de imputação de responsabilidade?

No v. acórdão que ora se comenta, em momento algum se vislumbrou aquele risco da atividade, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Fala-se, hodiernamente que o risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se, como se vê, **um risco excepcional**, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo.

Roger Silva Aguiar bem observa que o princípio geral firmado no art. 927, parágrafo único do CC *“inicia-se com a conjunção quando, denotando que o legislador acolheu o entendimento de que nem toda atividade humana importa em perigo para terceiros com o caráter que lhe foi dado na terceira parte do parágrafo”*.²¹

A I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do CJF, aprovou o enunciado 38, que aponta interessante critério para definição dos riscos que dariam margem à responsabilidade objetiva, afirmando que esta fica configurada *“quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”*.

²¹ Cf. Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade. São Paulo: Atlas, 2007, p. 50.

É natural concluir que a atividade desenvolvida por um provedor de serviços de internet de conteúdo ou informação pode expor a risco direito de terceiro. Não se está aqui a exigir desses provedores o monitoramento das informações que veiculam, pois isso traria enorme retrocesso ao mundo virtual, a ponto de inviabilizar serviços que hoje estão amplamente difundidos no cotidiano de milhares de pessoas.

Como contraponto temos que considerar o princípio ou ideário da liberdade de comunicação, pois vigiar o que se publica, o que se informa. Todavia, essa liberdade não pode se tornar passaporte para excluir a ilicitude civil ou penal que se pratique nas mensagens por ela transmitidas.

O art. 15º da Diretiva Européia se volta nesse sentido de ausência de obrigação de vigilância do conteúdo veiculado, nos seguintes termos:

“1. Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12.º, 13.º e 14.º, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes.

2. Os Estados-Membros podem estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as actividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem”.

Como se pode observar, em relação às atividades desenvolvidas no seio da internet há uma tendência a observar essa idéia de risco excepcional, ao argumento de que o risco habitual no desenvolvimento da atividade não é apto a gerar danos a uma pessoa e não à coletividade.

Todavia, não podemos esquecer essa tendência atual de flexibilização do nexo de causalidade, não sendo mais um rígido filtro da responsabilidade civil.

Como revela Anderson Schreiber²²,

²² Cf. Novos Paradigmas da responsabilidade civil. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009

“Se, sob o ponto de vista teórico, não resta dúvida de que a teoria dominante em matéria de nexos causal vem sofrendo certas relativizações em seu rigor originário, a análise da prática jurisprudencial no que tange à aferição de causalidade revela um cenário muito mais preocupante. Não apenas se verifica um emprego muitas vezes atécnico das construções teóricas acima examinadas, como se nota uma verdadeira profusão de raciocínios inconciliáveis que desafiam a redução das decisões judiciais a um posicionamento minimamente uniforme”.

Aplicar-se-ia a presente hipótese o que hoje se denomina de causalidade alternativa, como solução para essas hipóteses em que se conhece um grupo do qual adveio o dano, sem poder precisar seu autor específico.

O art. 938 do Código Civil, apesar de não dispor de uma redação clara adota essa idéia, qual seja, em se tratando de condomínio de apartamentos, caso não se individualize a unidade autônoma da qual proveio o objeto, todo condomínio será responsabilizado.

Ora, a vítima do dano não sabe quem é o seu autor, mas sabe de onde vem a ofensa.

Caitlin Sampaio Mulholland²³ arrola os seguintes requisitos que configurariam a responsabilidade do “grupo” mediante a causalidade alternativa: a) pessoa que causou o dano deve pertencer a um grupo determinado e não pode ser identificada como autora do dano; grupo que desempenhe atividade propícia a causar danos; exclusão de responsabilidade de determinado membro do grupo se este provar que não era possível causar o dano pelo qual se pede reparação.

Todavia, transportando essa idéia para o caso em testilha temos que a causalidade alternativa é perfeitamente aplicado aos casos de responsabilização de provedores de internet por ato ilícito praticado no ambiente de rede.

Ora, num primeiro momento não é possível delinear o real autor do dano, em razão da circunstância do anonimato. Mas é possível identificar que o dano ocorreu em um ambiente veiculado por um grupo, no caso, um provedor – Google.

Inicialmente, a responsabilidade surge em razão das atividades por ele desenvolvidas – devendo entender que a atividade é potencialmente apta a gerar danos a terceiros. Se, uma vez cientificado da ocorrência do ilícito não adotar as medidas necessárias para retirar aquela ofensa da rede responderá solidariamente com o autor da

²³ Cf. A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 228 e ss.

ofensa. Todavia, se ele conseguir identificar o autor da ofensa, o que não se exclui, pode ele denunciar a lide o autor da ofensa e se eximir da responsabilidade.

Essa medida de controle posterior, frise-se, se mostra insuficiente à garantia dos usuários da rede, que continuam sem ter contra quem agir. Por mais que se vede o anonimato, ele se encontra presente na “web” através de criação de perfis falsos.

Verificamos, *ab initio*, que cada usuário para trafegar na rede dispõe de um número de IP e desta forma qualquer atividade desenvolvida por esse usuário, obrigatoriamente restará registrado o seu IP.

Nos deparamos com um crescimento geométrico do uso da *internet* e, sua absoluta dispersão e falta de controle cria espaços na rede para atividades criminosas violadora de direitos fundamentais. Desta forma, há que se impor aos provedores, de forma global, mecanismos eficientes de identificação, não mais sendo admitido um cadastro de usuário sem exigir qualquer autenticidade ou certificação. Estamos diante de fatos que ultrapassam os limites territoriais de um País, urgindo a necessidade de cooperação internacional.

Desta forma, o usuário, por exemplo, que cria um *e-mail* falso e encaminha mensagens ofensivas a determinada pessoa, obrigatoriamente nesta operação fica registrado o seu número de IP. Por outro lado, se existisse mecanismos eficientes de certificação, mais rapidamente restaria descoberta a autoria.

Há, ainda, para os provedores a obrigação de *manter em sigilo os dados de seus usuários*, salvo ordem judicial. Vejam a propósito um julgado do TJMG nesse sentido:

“MANDADO DE SEGURANÇA - CRIMES CONTRA A HONRA PRATICADOS PELA INTERNET - REQUISIÇÃO DE ORDEM JUDICIAL PARA QUE O PROVEDOR FORNEÇA A IDENTIFICAÇÃO DO TITULAR DE DETERMINADAS CONTAS DE E-MAILS - CONCESSÃO DA SEGURANÇA - Como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal atual assegurou o direito à intimidade, proclamando no art. 5º, inciso XII a inviolabilidade do sigilo das comunicações telegráfica de dados e telefônica - Apesar da magnitude do direito em destaque, de cunho Constitucional, é sabido que as liberdades públicas estabelecidas não podem ser consideradas como tendo valor absoluto cedendo espaço em determinadas circunstâncias, sobretudo quando utilizadas para acobertar a prática da atividade ilícita - O fornecimento de dados cadastrais em poder do provedor de acesso à

Internet, que permitam a identificação de autor de crimes digitais, não fere o direito à privacidade e o sigilo das comunicações, uma vez que dizem respeito à qualificação de pessoas, e não ao teor da mensagem enviada”.²⁴

Imaginemos a hipótese do provedor não dispor de dados que permitam a identificação do infrator, uma vez que não dispunha de meios aptos para identificação de seus usuários. Estamos diante de uma realidade que exige o uso de instrumentos que permitam a identificação dos usuários dos sistemas da rede mundial sob pena de deixarmos que essas violações se tornem incombateáveis. Assim, uma vez constatado que o provedor não dispõe dos dados solicitados, imputa-se a ele, de forma, inicialmente solidária, a responsabilidade civil pelos danos causados.

Decorre do exposto que uma vez verificado, por parte dos provedores, o cometimento de ilícitos por parte de terceiro, como divulgação de pornografia infantil, dentre outros, tais provedores não podem se omitir quanto ao fornecimento de tais dados, diante de requisição judicial, sob pena de incidir não só a responsabilidade civil, como penal.

Ainda que os serviços prestados pelos provedores de *internet* sejam onerosos ou aparentemente gratuito nasce a obrigação de ter um cadastro sério e eficiente dos usuários, seja por parte do provedor de acesso, através da concessão do número de IP, seja do provedor de correio eletrônico, através do cadastro fornecido pelo usuário para recebimento de *login* e senha pessoal, seja do provedor de conteúdo, através do recebimento das informações a serem veiculadas. De forma global, deve-se impor aos provedores a implementação de instrumentos que permitam a identificação dos usuários da rede, como forma de cooperação internacional e principalmente como meio de inibir os delitos cometidos no seio da rede mundial de computadores.

Ora, ainda que se consiga identificar pelo IP, não podemos desconsiderar a hipótese de um usuário criar um perfil com a intenção de ofender determinada pessoa e acessar a rede mundial através dos mais diversos computadores, espalhados por *lan houses*.

Hodiernamente vê-se hoje que o risco da atividade deve ser entendido não como aquele habitual, inerente à atividade, mas sim o excepcional. Ora se assim for, como responsabilizar um provedor que detém inúmeras atividades, inclusive a de conteúdo, que contemplam alto potencial de lesividade?

²⁴ Cf: TJMG Número do processo: 1.0000.04.414635-5/000(1), 3º C. Criminal, rel. Des. Paulo Cezar Dias, j.

VI - CONCLUSÃO

Vê-se, portanto, que a decisão do STJ ora em apreço, rigorosamente não seria a mais adequada se tomarmos a idéia de que a atividade desenvolvida pelo Google é de oportunizar a divulgação, em tempo real, das informações veiculadas na rede, o que implica afirmar a real potencialidade de levar a ocorrência de danos à terceiros, cometidos por usuários.

A idéia de finalidade da atividade para pautar a responsabilização deve ser revista, na medida em que na atualidade existem provedores de serviços que exercem não apenas uma única atividade, mas diversas, ao passo que as medidas de prevenção e repressão contra atos ilícitos devem ser adotadas em todas elas, nascendo daí a sua responsabilização.

Infere-se, igualmente, que o sistema tende a adotar a idéia da causalidade alternativa, responsabilizando o provedor quando do anonimato do real autor das ofensas. Essa responsabilização surge não apenas em decorrência de suas atividades, mas em especial pela não observância dos seus deveres gerais – diligências necessárias à repressão do dano em razão da evolução tecnológica existente.

Hodiernamente impossível se mostra exigir um controle prévio das informações existentes, sob pena de termos, como delineado no v. acórdão, uma ineficácia na prestação de serviços e a obstrução de atividades corriqueiras de toda uma sociedade, acostumada a acessar os sites de relacionamento e postar informações em tempo real.

A responsabilidade civil dos prestadores de serviços de internet deve ser vista à luz de suas atividades, e não apenas específicas, mas em todas as suas atividades com potencial para causar danos á terceiros, nascendo então a idéia do risco excepcional.

Veja, um provedor de acesso pode igualmente exercer a atividade de provedor de hospedagem e, assim sendo, suas atividades não são aptas a gerar a causação de danos a terceiros, cometidos por usuários da rede, pois se assim entendermos abolir-se-ia a teoria da causalidade adequada para adotamos uma causalidade sem limites, o que não se pode admitir em nome da segurança jurídica. Vale dizer, se o provedor de acesso não tivesse permitido o acesso do usuário à rede, não haveria dano. Isso gera a insegurança jurídica, o que não se pode admitir.

Daí a necessidade de vislumbrarmos a atividade apta e mais adequada a propagação do ato ilícito indicado na hipótese fática colocada à apreciação.

Assim concluiu o v. acórdão ora debatido:

O recorrido interpôs a presente ação objetivando compelir a GOOGLE a suprimir do ORKUT texto cujo conteúdo considerava ofensivo à sua pessoa, bem como para ser indenizado pelos respectivos danos morais. Houve a concessão de tutela antecipada, para o fim de determinar a retirada “do álbum de fotos do perfil 'Pirapora Linda', da comunidade 'ORKUT', a foto, bem como os comentários relacionados ao requerente” (fl. 35, e-STJ), tendo a GOOGLE dado cumprimento à ordem judicial, consoante confirmado pelo próprio TJ/MG (fl. 288, e-STJ). Nesse ponto, portanto, não houve ilegalidade nos atos praticados pela GOOGLE que, uma vez ciente da existência de material de conteúdo ofensivo, adotou todas as providências tendentes à sua imediata remoção do site. Além disso, em consulta ao site do ORKUT na internet, verifica-se que a GOOGLE disponibiliza um canal para que as pessoas – usuários ou não – que tiveram sua identidade “roubada” solicitem a exclusão da conta falsa, bem como para que seja feita a denúncia de abusos na utilização de perfis individuais ou comunidades (<http://www.google.com/support/orkut/bin/answer.py?hl=br&query=estatuto&answer=16198>). Outrossim, cumpre verificar se a GOOGLE também adotou as medidas que estavam ao seu alcance visando à identificação do responsável pela inclusão no ORKUT dos dados agressivos à moral da recorrente. Não cabe dúvida de que a GOOGLE dispõe da URL (sigla que corresponde à expressão Universal Resource Locator, que em português significa localizador universal de recursos. Trata-se de um endereço virtual, isto é, diretrizes que indicam o caminho até determinado site ou página) relativa à página em que foram veiculadas as mensagens ofensivas, tanto que providenciou a sua exclusão do site. A partir daí, teve condições de identificar o usuário daquela página e os dados obtidos no ato de cadastramento da sua conta, inclusive o IP (internet protocol), que é um número único, exclusivo, que individualiza cada computador na rede e por meio do qual cada máquina se identifica e se comunica. Nesse aspecto, o próprio recorrente informa que “determinados atos praticados pelos usuários do Orkut são registrados através do respectivo IP no banco de dados da Google. É o que ocorre quando um usuário se cadastra no site” (fl. 340, e-STJ). Entretanto, o GOOGLE ressalva que “nunca houve pedido formulado pelo recorrido para que fornecesse dados que possui e capazes de identificar o usuário”, bem como que “nunca foi proferida ordem judicial determinando que disponibilizasse tais informações” (fl. 344, e-STJ). Realmente, compulsando os autos não se verifica a existência de pedido para que fosse identificado o autor direto das supostas ofensas, tampouco qualquer ordem judicial nesse sentido. Noto, por oportuno, a

importância de o IP ser mantido em absoluto sigilo, sendo divulgado apenas mediante determinação judicial, pois, a partir dele, é possível realizar ofensivas direcionadas ao respectivo computador, visando à obtenção de informações e arquivos pessoais nele armazenados, como dados bancários, senhas, fotos, telefones, endereços etc. Portanto, na ausência de ordem judicial, não era dado à GOOGLE disponibilizar informações sobre o usuário em questão. Seja como for, a GOOGLE esclareceu que registra o número de protocolo (IP) na internet dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, por meio do qual, em princípio, é possível identificar o respectivo usuário. Ainda que não exija dados pessoais dos usuários do ORKUT, a GOOGLE mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento desses usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada de um provedor de conteúdo. Portanto, não se vislumbra responsabilidade da GOOGLE pela veiculação das mensagens cujo conteúdo o recorrido considerou ofensivo à sua moral. Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, afastando a responsabilidade da GOOGLE pelos danos morais suportados pelo recorrido.

À luz do quanto se expôs e diante da realidade que se vive, não pode a vítima ficar a mercê da inexistência de alegação para identificação do autor do dano e não se ver ressarcida pelos prejuízos sofridos. Ora, caberia ao GOOGLE levantar essa possibilidade de identificação, requerendo ordem judicial para a sua exibição, eis que de seu interesse eximir-se da responsabilidade.

A vítima, no caso em testilha permaneceu irressarcida, o que vai na contramão da tendência de voltar aos olhos para a vítima e não para o ofensor para fins de responsabilização civil. Não podemos esquecer que a responsabilidade civil, nos dias atuais precisa ter uma função punitiva e a flexibilização do nexa causal vem como elemento agregador de tal função. Todavia, a questão da responsabilização de grandes empresas envolve não apenas questão jurídica, mas econômica e política, o que muitas vezes impede com que se fixe indenizações a ponto de punir pelo dano ocasionado e de prevenir a sua ocorrência.

VII – BIBLIOGRAFIA

BARBAGALO, Erica Brandini. *Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na internet* in *Conflitos sobre normas de domínio e outras questões jurídicas da internet*. (Coords. Ronaldo Lemos e Ivo Wasberg). São Paulo: RT e Fundação Getúlio Vargas, 2003.

- BEDONE, Igor Volpato. *Elementos da responsabilidade civil e presunção de causalidade*. In Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo (Coord. Rogério Donnini e Celso Antonio Pacheco Fiorillo), vol. 9.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*, Parte I. Almedina.
- FILHO, Adalberto Simão. *Dano ao consumidor por invasão de site ou de rede* in *Direito & internet, aspectos jurídicos relevantes* (Coords. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho).1º ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GALLO, Paolo. *Pene Privae e Responsabilità Civile*. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1996
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- LABRUNIE, Jacques. *Conflito entre nome de domínio e outros sinais distintivos*, in *Direito & internet, aspectos jurídicos relevantes* (Coords. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho).1º ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- LISBOA, Roberto Senise. *A inviolabilidade de correspondência na internet*, in *Direito & internet, aspectos jurídicos relevantes* (Coords. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho).1º ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- _____. *Contratos difusos e coletivos – consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação*.2º ed. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Manual de direito civil – obrigações e responsabilidade*. 3º ed. São Paulo: RT, 2004, vol. 2
- _____. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 1º ed. São Paulo: RT, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Informática, cyberlaw, e-commerce e a internet nos contratos* in *Direito & internet, aspectos jurídicos relevantes* (Coords. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho).1º ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- LOSANO, Mario G. *Lições de informática jurídica*. São Paulo: Resenha Tributária LTDA, 1974.
- LUCCA, Newton De. *Títulos e contratos eletrônicos – o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico* in *Direito & internet, aspectos jurídicos relevantes* (Coords. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho).1º ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor – um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2004.

_____ e BENJAMIN, Antônio Herman V. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2º ed. São Paulo: RT, 2006.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010

NED, Frank. *A nova geração de protocolos IP*. Disponível em <http://www.rnp.br/newsgens>.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *O direito na sociedade da informação* in Revista do UNIFMU, ano XVII, nº 25, 2003.

SOUZA, James J. Marins de *et al Código do consumidor comentado*. 1º ed. São Paulo: RT, 1991.

WAISBERG, Ivo. *O novo direito e o velho princípio*, in *conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da internet* (Coords. Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg). São Paulo: RT E Fundação Getúlio Vargas, 2003.