

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE CONTEÚDO POR LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE NA INTERNET

Rafael Cavalcanti Lemos[†]



iranda (1981, p. 354) critica os países de língua e cultura latinas (ou – melhor – “de língua não-alemã”) pela resistência à criação e emprego de termos novos a (1) novos fatos ou (2) relações recém-descobertas em fatos velhos. O encontro entre o mundo jurídico e o (mundo) da informática revela-se altamente problemático por falta de cultura jurídica dos técnicos e (de cultura) técnica dos juristas (PAESANI, 1999, p. 14). A Internet em pouco tempo saiu do ambiente acadêmico para se tornar um espaço em que se podem realizar quase todas as atividades do cotidiano (REINALDO FILHO, 2000, p. 105-106). O termo tradicional português “provedor” adquiriu com ela (Internet) vários significados. Como explica o ministro Luís Felipe Salomão em seu voto no REsp 997.993/MG (4ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 21 de junho de 2012, DJe de 6 de agosto de 2012),

os provedores *backbone* – “espinha dorsal” – configuram as estruturas físicas primárias pelas quais transitam a quase totalidade dos dados transmitidos pela internet. No caso brasileiro, a Embratel realiza os serviços de provedor *blackbone*. Os *provedores de conteúdo* formam a intermediação entre o editor da informação de um *site* [também dito “provedor de informação” – SANTOS, 2011,

[†] Juiz de direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

p. 80] e o internauta que a acessa. Os provedores de acesso são o meio pelo qual o usuário se conecta à rede, mediante a aquisição de um “endereço IP”, funcionando como um intermediário entre o equipamento do usuário e a internet, tal como o serviço de telefonia, sendo responsável pela qualidade da conexão, disponibilidade, velocidade e segurança. Os provedores de hospedagem, por sua vez, dão suporte ou alojamento às páginas de terceiros, vale dizer, oferecem a interessados espaço virtual próprio para a alocação de um *site*. Como regra, os servidores de hospedagem não interferem no conteúdo do *site*, mas somente o proprietário deste. E, finalmente, o provedor de correio eletrônico é aquele vocacionado ao fornecimento de uma caixa postal virtual, mediante a qual se trocam mensagens e na qual elas podem ser armazenadas.

Como já explicava há pouco mais de uma década o professor da universidade Harvard Lawrence Lessig (1999, p. 222), quando era maior a crença na impossibilidade de controle sobre a Internet (LESSIG, 2006, p. IX), a qual seria um campo liberto do Estado (LESSIG, 2006, p. 2), às vezes uma certa hesitação antes de resolver questões de ordem constitucional no ciberespaço definitivamente, ou com firmeza, ou com qualquer pretensão de permanência, é totalmente apropriada, mas, noutros casos, magistrados, especialmente os de instâncias inferiores, devem ser mais enérgicos (LESSIG, 1999, p. 222). (Magistrados) de instâncias inferiores sim, porque há muitos deles e vários são extraordinariamente talentosos e criativos (LESSIG, 1999, p. 222). Suas vozes ensinariam algo, mesmo provisórias ou de alcance limitado suas decisões (LESSIG, 1999, p. 222). Nos casos de aplicação duma norma tradicional (por força de *interpretação tradicional conferida à lei*) a situações fáticas novas (“simple translation”), quando inexitem ambiguidades

latentes e a tradição parece falar claramente, os magistrados deveriam promover com firmeza argumentos que visassem *preservar, num novo contexto, os valores originais de liberdade* (LESSIG, 1999, p. 222). Nesses casos, há um espaço relevante para o ativismo, e os magistrados devem *identificar os valores de determinada cultura jurídica* e defendê-los, não necessariamente porque esses valores estejam certos, mas porque, se devem ser ignorados, deve-se fazê-lo (ignorar esses valores) só porque foram rejeitados (não por um juízo mas) pelo *povo* (LESSIG, 1999, p. 222). Porém, nos casos em que a aplicação duma norma tradicional a situações fáticas novas não seja tão simples (“where translation is not so simple”), diz Lessig (1999, p. 223), os magistrados, especialmente os de instâncias inferiores, têm um papel diferente. Nesses casos, os magistrados (especialmente os de instâncias inferiores, insiste) deveriam resistir a essa aplicação (duma norma tradicional às novas situações) – “should kvetch¹” (LESSIG, 1999, p. 223). Eles deveriam falar sobre as questões que essas mudanças suscitam e (deveriam) identificar os valores concorrentes em jogo (LESSIG, 1999, p. 223). Mesmo se a decisão a adotar em determinado caso é deferente ou passiva, deve sê-lo (deferente ou passiva) *sob protesto* (LESSIG, 1999, p. 223). A prudência *pode* ser adequada a esses casos, mas, para justificar sua (dos magistrados) passividade e *compensar por permitirem que as pretensões fracassem*, os magistrados devem ao menos suscitar *aos olhos do mundo jurídico* o conflito que aqueles (casos) trouxeram à tona – LESSIG, 1999, p. 223.

Casos difíceis não precisam resultar em mau direito, mas também não deveriam ser tratados como se fossem fáceis (LESSIG, 1999, p. 223). Esta (tratar como fáceis casos difíceis) é a resposta mais simples ao problema da ambiguidade latente, mas é incompleta (LESSIG, 1999, p. 223). A ambiguidade la-

¹ “Kvetch” em inglês significa “reclamar, especialmente de modo inveterado” e vem do iídiche “kvetschn”, que quer dizer “apertar” (WEBSTER, 1996, p. 1.069).

tente nos força a *confrontar questões de valor constitucional* e escolher (LESSIG, 1999, p. 223). Uma solução melhor ajudaria a resolver essas questões: assim como nunca será tarefa dos juízos fazer escolhas *definitivas* em matéria de *valor*, *suscitando* essas questões os juízos podem *inspirar outros a decidi-las* (LESSIG, 1999, p. 223). Pode-se negar essa ambiguidade (LESSIG, 1999, p. 223). Pode-se argumentar que os constituintes tinham em mente que o juízo nada faria quanto a ambiguidades latentes; que em tais contextos o processo democrático (Lessig – 1999, p. 223 – faz expressa referência ao artigo V da Constituição dos EEUU, o qual trata das emendas a esta) entraria em cena para corrigir uma má aplicação do direito ou para responder a uma nova circunstância (LESSIG, 1999, p. 223). Esse bem pode ter sido seu (dos constituintes) modo de ver (LESSIG, 1999, p. 223).

Não pensa contudo Lessig (1999, p. 223) que essa intenção seja clara o suficiente para rebater sua (de Lessig) consideração de como se pode melhor enfrentar a série de questões por vir sobre a aplicação dum valor constitucional ao ciberespaço, preferindo errar *tomando o partido dum ativismo inofensivo* a (errar tomando o partido) *duma passividade debilitante*. É um pequeno papel para os juízos desempenharem na conversa bem maior que é preciso ter – mas então, segundo ele (LESSIG, 1999, p. 223), ainda não iniciada. Chegar-se-ia, em muitos domínios da vida social, a ver a Internet como o produto de alguma coisa alienígena – alguma coisa que não se poderia controlar porque *não se pode controlar nada* (LESSIG, 1999, p. 233). Alguma coisa, pelo contrário, que se deveria *simplesmente aceitar*, enquanto ela invade e transforma a vida das pessoas (LESSIG, 1999, p. 233). Para o professor de Harvard, vivia-se, no fim dos anos 1990, a era do avestruz (LESSIG, 1999, p. 234). As pessoas estavam animadas com o que não conseguiam entender e orgulhosas por deixar as coisas à mão invisível (LESSIG, 1999, p. 234). *Elas* (pessoas) no entanto é que fazi-

am invisível a mão, *olhando para o outro lado* (LESSIG, 1999, p. 234).

Na chamada “*web 2.0*”, proliferam serviços tendencialmente gratuitos que permitem aos usuários a colocação e transmissão de conteúdos gerados por eles (usuários) mesmos; nela (*web 2.0*), pois, o usuário deixa de ser *mero* consumidor dos serviços *on line* para se tornar outrossim *ativo participante* em sua (dos serviços) *criação e desenvolvimento* (FACHANA, 2012, p. 17). A Internet, permitindo a todos que sejam provedores de informação (LESSIG, 2006, p. 2), em confronto com os meios tradicionais de comunicação, cuja (dos meios) arquitetura de publicação é da espécie “um para vários” (LESSIG, 2006, p. 2), apresenta *potencial consideravelmente maior de causar dano*, o qual por ela é *velozmente multiplicado e mais dificilmente reparado* (SANTOS, 2011, p. 80). Como ensinam Barthelemb e Timm (2008, p. 198), deve-se romper com a tradição de abordar questões de direito com os olhos fechados ao que decidem os juízos: *jurisprudência é direito vivo (law in action, em oposição ao law on the books)* – BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 198. *Desde 1996* aguarda aprovação pelo Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei 1.713/1996, sobre a responsabilidade em redes integradas de computadores² (cf. GOUVÊA, 1997, p. 52). A maioria das alterações legais promovidas pelo Código Civil brasileiro de 2002 não é senão a cristalização, pelo legislador, da *jurisprudência consolidada ou tendencial* (FACCHINI, 2007, p. 32). Bibliotecas não são o espaço mais adequado para estudar o ciberespaço (LESSIG, 2006, p. XVII).

As normas emergentes dos julgados sobre responsabilidade civil na Internet regulam, justo como arrolou Lessig em 2006, p. 155, a propriedade intelectual, a privacidade e a liber-

2

Disponível

em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD18ABR1996.pdf#page=46>. Acesso em: 5 nov. 2012.

dade de expressão. Em 1991, no caso *Cubby, Inc., versus CompuServe, Inc.*, a Corte Distrital de Nova Iorque decidiu que, não havendo sido possível ao provedor de conteúdo revisar texto ofensivo que terceiro publicara por meio dele (provedor), não poderia aquele (provedor) ser por ele (texto) responsabilizado (REINALDO FILHO, 2011). Esse julgado serviu de *inspiração à regra, adotada nos EEUU e no continente europeu*, de que a responsabilidade do provedor de conteúdo existe tão só quando *não remova* o (conteúdo) que seja ilícito: o *Communications Decency Act*, promulgado nos EEUU em 1996 para coibir em favor das crianças a divulgação de material obsceno por meio da Internet, confere, em sua seção 230, imunidade ao provedor que seja mero instrumento de terceiro que a (divulgação) promova; o *Digital Millennium Copyright Act* (doravante DMCA), por sua vez, versa sobre o uso da produção intelectual em meio eletrônico, isentando de responsabilidade o provedor para com o conteúdo que seja disponibilizado na Internet por terceiro (REINALDO FILHO, 2011). Na Europa, a seção 4 do capítulo II da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, outrossim aborda a responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços e, nos artigos 12 a 15, constrói um regime de responsabilidade semelhante ao do DMCA, sem limitar-se contudo à violação de direito autoral: o prestador de (na tradução oficial portuguesa) “serviço da sociedade da informação” (termo mais amplo do que “de conteúdo”) não é responsável, em princípio (*id est*, caso não tenha estado na origem da transmissão, não haja selecionado o destinatário desta nem tenha selecionado ou modificado a informação objeto da transmissão – art. 12, n. 1, alíneas *a a c*, da diretiva), por dados (mensagem de correio eletrônico v.g.) transmitidos por terceiro, mas o (responsável) será caso, em se tratando de *armazenagem* daqueles (dados), não remova – ou impeça o acesso a – os (dados) ilícitos (REINALDO FILHO, 2011), como decidido, a

propósito, nos EEUU em A&M Records, Inc., *versus* Napster, Inc., (2001), em que debatida a violação de direitos autorais (SANTOS, 2011, p. 81).

No Brasil, entretanto, entendia-se diversamente: o provedor de conteúdo teria o *dever* de vigilância sobre o conteúdo que publicasse por haver *assumido* o risco de que o serviço prestado fosse eventualmente utilizado para a lesão de direito, como se verifica do julgado no processo 196.01.2006.028424-6, que tramitou na 2ª. vara cível da comarca de Franca, em São Paulo, o qual cita decisão, no mesmo sentido, na apelação cível 431.247-4/0-00, julgada em 22 de março de 2007 pela 8ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (REINALDO FILHO, 2011). Essas decisões, de qualquer modo, faziam referência à *culpa* do provedor de conteúdo (REINALDO FILHO, 2011). Outros julgados brasileiros, com base no risco decorrente da *natureza* da atividade desenvolvida pelo provedor de conteúdo, desenvolveram tese de sua (do provedor) responsabilidade *objetiva* por ato ilícito de terceiro que se servisse daquela (atividade) – REINALDO FILHO, 2011. Assim o acórdão da 13ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no julgamento da apelação cível 1.0439.08.085208-0/001 em 12 de fevereiro de 2009, o qual (acórdão) manteve a sentença no processo 1.0439.08.085208-0/001, que correu na 3ª. vara cível de Muriaé, pela qual (sentença) condenada empresa hospedeira de *blog* a compensar o autor da ação por dano moral provocado por terceiro nele (*blog*) redator (REINALDO FILHO, 2011). Da mesma maneira decidiu o mencionado tribunal (de Justiça de Minas Gerais) em 5 de agosto de 2009 quando da análise da apelação cível 1.0701.08.221685-7/001 (REINALDO FILHO, 2011).

Ao mesmo tempo, juízos brasileiros, rejeitando a teoria do risco (cf. apelação cível 70045012994, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 19 de outubro de 2011, DJ de 24 de outubro de 2011), perfilhavam

orientação contrária e defendiam a responsabilidade no molde ianque-europeu (dito “*notice and take down*” – cf. FACHANA, 2012, p. 138): apenas quando se recusasse a identificar o ofensor ou a fazer cessar a agressão (v.g. removendo os dados ilícitos quando deles comunicado, *ainda que extrajudicialmente* – cf. apelação cível 0638758-41.2010.8.13.0024, 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgada em 1º. de setembro de 2011, decisão publicada em 20 de setembro de 2011; cf. tb. recurso cível 71002760601, 3ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Rio Grande do Sul, julgado em 14 de abril de 2011, DJ de 20 de abril de 2011) é que se poderia (sem entretanto lhe – do provedor de conteúdo – desconsiderar a personalidade jurídica, salvo alegação e prova de “conduta pessoal ilegal praticada pelo administrador ou sócio” – cf. apelação 0022118-29.2007.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, julgada em 10 de agosto de 2011, DJe de 30 de agosto de 2011) responsabilizar o provedor de conteúdo (REINALDO FILHO, 2011 – cf. tb. processo 2009.01.1.154740-8, 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, DJe de 27 de maio de 2011), a não ser que este (provedor de conteúdo) houvesse anunciado a *impossibilidade* de alguém divulgar informação difamatória em seu (do provedor de conteúdo) *site* (REINALDO FILHO, 2000, p. 109-110). Sua (do provedor de conteúdo) responsabilidade portanto não seria nem solidária com o terceiro nem objetiva (REINALDO FILHO, 2011). Nesse sentido: apelação cível 130075-8, 5ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, julgado em 19 de novembro de 2002; apelação cível 2004.001.03955, 3ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 4 de novembro de 2004; apelação cível 0147550-7, 5ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, julgado em 30 de julho de 2007 (afastando a aplicação do artigo 896 do Código Civil brasileiro de 1916, que diz a solidariedade não poder ser presumi-

da, resultando de lei ou vontade das partes, dispositivo reproduzido pelo artigo 265 do Código Civil brasileiro de 2002) – REINALDO FILHO, 2011. A responsabilidade objetiva, quando não é da natureza do negócio – e mesmo inviável por limitação razoável de pessoal ou (por limitação) da técnica presente (cf. apelação cível 2010.026544-9, 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, decisão publicada em 29 de agosto de 2011 – contra, cf. processo 201000801912, Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis da Comarca de Aracaju em Sergipe, DJ de 9 de dezembro de 2010; cf. tb. acórdão no REsp 1.117.633/RO, 2ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo julgamento deu-se em 9 de março de 2010, decisão mantenedora da do Tribunal de Justiça de Rondônia, que tomava como exemplo de controle possível da Internet *o exercido na China* – REINALDO FILHO, 2011) – o controle editorial, inviabiliza-o (negócio) – SANTOS, 2011, p. 81. Em verdade, pelo próprio *caráter transnacional*³ da Internet é difícil identificar *que seja ilícito* para determinado ordenamento jurídico no qual difundida por provedor de conteúdo uma informação (FACHANA, 2012, p. 173 – no mesmo sentido, cf.

³ A transnacionalidade da Internet, que anula limites de espaço e tempo, fazendo nascer uma sociedade global de comunicação (PAESANI, 1999, p. 14), gera ainda dificuldade de ordem processual: “Como eu vou, por exemplo, proibir uma *homepage* no Paraguai, que fale mal de mim, já que eu estou aqui no Brasil e tenho de aplicar nossa legislação, e que daqui do Brasil eu tenho acesso a essa *homepage*? Nós temos de seguir as regras dos artigos 88 a 90 do Código de Processo Civil [brasileiro de 1973], ou seja, o juiz brasileiro só será competente nos casos de responsabilidade civil quando a obrigação deva ser cumprida no Brasil, o domicílio do réu for aqui no Brasil, o fato ter ocorrido no Brasil ou o ato deva ser praticado no Brasil. Nos demais casos, não há como você tornar competente, a não ser por tratados internacionais, o juiz brasileiro para julgar um caso desses.” (PIMENTEL, 2000a, p. 102; no mesmo sentido, cf. BRASIL, 2000, p. 113). Por esse motivo, o direito informático deve “ser concebido como um direito internacional, capaz de poder ver aplicadas suas normas a todos os países do mundo” (PIMENTEL, 2000b, p. 160). Como diz Corrêa (2000, p. 72), “[u]suários de computadores, sistemas provedores, conexões em rede e centrais de dados podem estar todos no mesmo país, portanto, dentro de uma mesma jurisdição”, estando a questão em que *a Internet se estende por vasto número de distintas jurisdições*.

MARTINS; MARTINS, 2007, p. 155; cf. tb. GANDELMAN, 1997, p. 161-162). No julgamento do AgRg no REsp 1.309.891/MG, em 26 de junho de 2012 (DJe de 29 de junho de 2012), a 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, chegou a afirmar que, “[n]a linha dos *precedentes* desta Corte, o provedor de conteúdo de internet *não responde objetivamente* pelo conteúdo inserido pelo usuário em sítio eletrônico, por *não se tratar de risco inerente* à sua atividade”, não se lhe (ao provedor de conteúdo) aplicando pois o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro de 2002; quanto à solidariedade, (o provedor de conteúdo) “[e]stá obrigado, no entanto, a retirar *imediatamente* o conteúdo moralmente ofensivo, sob pena de responder *solidariamente* com o autor direto do dano” (*leading case* o REsp 1.193.764/SP, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14 de dezembro de 2010 – cf. REINALDO FILHO, 2011 –, são ainda precedentes os acórdãos em: REsp 1193764/SP, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14 de dezembro de 2010, DJe de 8 de agosto de 2011; REsp 1186616/MG, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 23 de agosto de 2011, DJe de 31 de agosto de 2011; REsp 1306066/MT, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 17 de abril de 2012, DJe de 2 de maio de 2012; REsp 1308830/RS, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 8 de maio de 2012, DJe de 19 de junho de 2012; REsp 1192208/MG, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 12 de junho de 2012, DJe de 2 de agosto de 2012; REsp 1300161/RS, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 19 de junho de 2012, DJe de 26 de junho de 2012). Sendo *mero* veículo da informação o provedor de conteúdo, *id est*, (sendo um) terceiro o provedor dessa (informação) sem que se possa exigir controle editorial a efetuar por aquele (provedor de conteúdo), caso dos *sites* de relacionamento (Orkut e Facebook v.g.) e dos *blogs* (Twitter e.g.), sua (do provedor de conteúdo) responsabilidade (subjativa) surge com a *inércia* após

avisado do ilícito (SANTOS, 2011, p. 81), independentemente de indicação *precisa*, pelo ofendido, da página em que contida a ofensa (REsp 1175675/RS, 4ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 9 de agosto de 2011, DJe de 20 de setembro de 2011). Como definido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1323754/RJ (3ª. Turma, julgado em 19 de junho de 2012, DJe de 28 de agosto de 2012), o provedor de conteúdo tem 24 (*vinte e quatro*) horas, a contar da *ciência* que lhe seja dada do ilícito, para o (ilícito) fazer cessar. Ausente a ilicitude da informação, deve ser ela, sendo o caso (*id est*, se se destinava a permanência), novamente publicada e (deve) o provedor de conteúdo tomar “as providências legais cabíveis contra os que abusarem da prerrogativa de denunciar”⁴ (REsp 1323754/RJ, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 19 de junho de 2012, DJe de 28 de agosto de 2012).

O Superior Tribunal de Justiça não ignora que, “[p]or mais que se intitule um *site* de seguro, a Internet sempre estará sujeita à ação de *hackers*, que invariavelmente conseguem contornar as barreiras que gerenciam o acesso a dados e informações” (REsp 1300161/RS, 3ª. Turma, julgado em 19 de junho de 2012, DJe de 26 de junho de 2012). É porém razoável *exigir* dos provedores de conteúdo sem controle editorial (cf. artigo 15, número 2, *in fine*, da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, e artigo 13, alínea *b*, do português Regime Jurídico do Comércio Eletrônico) que mantenham *cadastro* de usuários que os (usuários) permita identificar a fim de que estes (usuários) respondam

⁴ Na Alemanha, diferentemente, precisa dar-se a retirada *imediate* tão somente quando, como decidido pelo *Supremo Tribunal Federal* alemão (VI ZR 93/10) em 25 de outubro de 2011, “a referência é tão *concretamente* formulada que a violação de direito possa ser constatada sem dificuldade (i.e. *sem necessidade de exame jurídico ou fático mais aprofundado*) com base nas alegações do ofendido” (no original: “wenn der Hinweis so konkret gefasst ist, dass der Rechtsverstoß auf der Grundlage der Behauptungen des Betroffenen unschwer - das heißt ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung - bejaht werden kann” – VERANTWORTLICHKEIT, 2011).

pelos ilícitos que cometam (SANTOS, 2011, p. 81), não sendo *suficiente* (que mantenham) *canal para denúncia de ilícito* (REsp 1308830/RS, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 8 de maio de 2012, DJe de 19 de junho de 2012). Não procedendo o provedor de conteúdo ao cadastro dos usuários, deve, visando coibir o anonimato (artigo 5º., inciso IV, da Constituição da República do Brasil de 1988), ao menos registrar o protocolo na Internet (IP) dos computadores daqueles (usuários), “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” (ainda que, pelo chamado *IP spoofing*, o autor de ilícito possa usurpar IP alheio – FACHANA, 2012, p. 159); não o fazendo, aquele (provedor de conteúdo) *pode* (como sugerido em REINALDO FILHO, 2011) ser civilmente responsabilizado *no lugar destes* (usuários), por *negligência* (culpa *in omittendo*) – REsp 1193764/SP, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14 de dezembro de 2010, DJe de 8 de agosto de 2011 (no mesmo sentido, cf. SANTOS, 2011, p. 81; apelação cível 0638758-41.2010.8.13.0024, 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, julgada em 1º. de setembro de 2011, decisão publicada em 20 de setembro de 2011; apelação cível 200.2008.031605-8/001, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, DJ de 9 de março de 2010; REsp 1186616/MG, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 23 de agosto de 2011, DJe de 31 de agosto de 2011; REsp 1306066/MT, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 17 de abril de 2012, DJe de 2 de maio de 2012; REsp 1300161/RS, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 19 de junho de 2012, DJe de 26 de junho de 2012, em que discutida a responsabilidade de provedor de *correio eletrônico*, considerado, no acórdão, “espécie do gênero ‘provedor de conteúdo’, pois propicia o envio de mensagens aos destinatários indicados pelos usuários, incluindo a possibilida-

de de anexar arquivos de texto, som e imagem”). Quanto a *sites* em que se anunciem propostas eróticas, remuneradas ou não, convém *ainda maior rigor* no cadastro dos usuários, sendo preciso que o provedor de conteúdo adote medidas que permitam *confirmar a veracidade* das informações pessoais a ele (provedor de conteúdo) fornecidas (REsp 997.993/MG, 4ª. Turma, julgado em 21 de junho de 2012, DJe de 6 de agosto de 2012). Em face de provedor *de mera pesquisa*, contudo, o qual *indica* (e *basta* que o faça, pela *natureza* do serviço que presta) a *URL* da página que contém a informação ilícita, é mesmo reputado *ausente o interesse de agir* do ofendido (cf. REsp 1316921/RJ, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 26 de junho de 2012, DJe de 29 de junho de 2012).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao apreciar, por sua 13ª. Câmara Cível, a apelação cível 2007.001.523346 em 16 de janeiro de 2008, sustentou que o provedor de conteúdo, *por não ser remunerado por quem lhe* (do provedor) *acesse as páginas na Internet*, não trava relação de consumo com este (quem *lhe* acesse as páginas na Internet) – REINALDO FILHO, 2011. A *web 2.0*, contudo, gera, por meio da publicidade em suas páginas, proveitos econômicos *substanciais* aos provedores de conteúdo (FACHANA, 2012, p. 137). Mesmo que se verifique *haver* remuneração, *ainda que indireta*, com a consequente incidência do Código de Defesa do Consumidor (artigo 3º., parágrafo 2º.), *não se pode reputar defeituoso* (artigo 14) o serviço prestado pelo provedor de conteúdo caso este (serviço) não exija, por sua (do serviço) *natureza*, controle editorial⁵ (cf. REsp 1316921/RJ, 3ª. Turma do Superior Tribunal

⁵ Na julgamento, em 23 de novembro de 2011 (decisão publicada no DJ de 25 de novembro de 2011), da apelação cível 70044213767, entendeu todavia a 9ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que o defeito estava em que o provedor de conteúdo *não removera* anúncio de prestação de serviço sexual *após comunicado* da falsidade de seu (do anúncio) conteúdo. Na decisão (publicada no DJe de 24 de junho de 2011) da 3ª. Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios no processo 2010.01.1.189972-5, por sua vez,, foi considerado defeito o provedor de conteúdo não ter sido capaz de

de Justiça, julgado em 26 de junho de 2012, DJe de 29 de junho de 2012, em que discutida a responsabilidade de provedor de pesquisa, considerado espécie do gênero “de conteúdo”; cf. tb. REsp 566.468/RJ, 4ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 23 de novembro de 2004, DJ de 17 de dezembro de 2004, p. 561, em que o fato consistia na inclusão ilícita de dados pessoais em *site* de encontros; apelação cível 70043955822, 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 9 de novembro de 2011, DJ de 2 de dezembro de 2011; REsp 1300161/RS, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 19 de junho de 2012, DJe de 26 de junho de 2012; REsp 1192208/MG, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 12 de junho de 2012, DJe de 2 de agosto de 2012; REsp 1.308.830/RS, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 8 de maio de 2012, DJe de 19 de junho de 2012; REsp 1.186.616/MG, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 23 de agosto de 2011, DJe de 31 de agosto de 2011; REsp 1.193.764/SP, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14 de dezembro de 2010, DJe de 8 de agosto de 2011). Na ausência de obrigação, legal ou contratual, de editoria pelo provedor de conteúdo, o ilícito, para a 1ª. Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (apelação cível 2006.01.1.006826-5, julgado em 31 de outubro de 2006), deve ser considerado *fato de terceiro*. Não pode, no entanto, aquele (provedor de conteúdo) alegar, *contra a retirada imediata* da informação, que a responsabilidade é de sociedade *controladora* (o artigo 28, parágrafo 2º., do brasileiro Código de Defesa do Consumidor dispõe ser *subsidiária* a responsabilidade de sociedade *controlada*), pois, apresentando-se semelhante àquela (sociedade controladora estrangeira) ao mercado, com isso auferindo benefícios, *assume* o risco gerado com tal conduta (apresentar-se como se da própria controladora

se tratasse) – REsp 1.021.987/RN, 4ª. Turma, julgado em 7 de outubro de 2008, DJe de 9 de fevereiro de 2009. Incidindo as normas do Código de Defesa do Consumidor, há solidariedade entre todos os que *contratualmente* participem da cadeia de prestação de serviços (um *site* hospedeiro não se confunde pois com o mero provedor de hospedagem, sendo dito que o primeiro *provê conteúdo em cadeia*), seja por uma “imputação *legal* de responsabilidade que é servil ao propósito protetivo do sistema” (cf. especialmente os artigos 7º., parágrafo único, 18, *caput*, e 25, parágrafo 1º., do Código de Defesa do Consumidor), seja por culpa *in eligendo* – REsp 997.993/MG, 4ª. Turma, julgado em 21 de junho de 2012, DJe de 6 de agosto de 2012, em que discutida a hospedagem dum *site* noutro *site*, veiculado, no primeiro (*site*), anúncio ofensivo à honra objetiva de quem o (anúncio) não promovera. Enfim, sempre que atingido por relação considerada de consumo entre provedor de conteúdo e usuário, atribui-se *por equiparação, ex vi* do artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, essa condição (*consumidor*) ao *ofendido* (REsp 997.993/MG, 4ª. Turma, julgado em 21/06/2012, DJe 06/08/2012).

As receitas *publicitárias* adquiridas pelos provedores de conteúdo são *proporcionais* ao número de visualizações de – e colocação de informação em – suas páginas; deste modo, haveria não apenas interesse daqueles (provedores de conteúdo) em que se coloque ela (informação) nestas (páginas), senão verdadeiro *incentivo* a que assim se proceda (colocar informação nas páginas) – FACHANA, 2012, p. 137-138. Os provedores de conteúdo, na *web 2.0*, seriam, portanto, *em regra* (sendo destarte necessária uma análise *casuística*), *mais do que simples intermediários* de serviços, equiparando-se, neste caso (provedores de conteúdo mais do que simples intermediários de serviços), a *editores*, como decidiu (embora minoritária a corrente jurisprudencial seguida, talvez porque atualmente a *maior* parte dos litígios termine em *transação*) o *Tribunal de Grande Ins-*

tance de Paris no caso Jean Yves L. *dit* Lafesse *versus* Myspace (2007), não se lhes (aos provedores de conteúdo) aplicando, consequentemente, regime (como o da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000) que os (provedores de conteúdo) isente de responsabilidade para com a informação inserta por usuário em página sua (do provedor de conteúdo) – FACHANA, 2012, p. 138, 140 e 141. De qualquer modo i.e. mesmo quando se entenda o provedor de conteúdo não ser *mero intermediário* de serviço, é preciso que o benefício por ele (provedor de conteúdo) auferido seja diretamente atribuível ao conteúdo ilícito e (que ele, provedor de conteúdo), direta *ou indiretamente*, para este (conteúdo ilícito) haja contribuído (FACHANA, 2012, p. 142).

Os direitos fundamentais vinculam não apenas o legislador senão também os órgãos jurisdicionais (cf. CANARIS, 2009, p. 39, em que é feita referência ao artigo 1º., número 3, da Lei Fundamental alemã, correspondente ao artigo 5º., parágrafo 1º., da Constituição da República do Brasil de 1988 e ao artigo 18, número 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976). A vinculação destes (órgãos jurisdicionais), por seu turno, não se restringe ao âmbito jurídico-processual, alcançando outrossim o (âmbito) jurídico-material; caso contrário, a efetividade daqueles (fundamentais) direitos ficaria severamente prejudicada (CANARIS, 2009, p. 40 e 130). Serem ricas de eficácia adaptativa sem que deixem de ser do seu tempo (i.e. oportunas) é o que, para Miranda (1981, p. 357), deve-se exigir de todas as leis. O advento da Internet tornou obsoleta boa parte dos sistemas jurídicos nacionais (REINALDO FILHO, 2000, p. 106). Do ponto de vista *fático*, é, em grande medida, *tão somente* a jurisprudência que confere *pleno* conteúdo às leis, influenciando *decisivamente* as consequências *práticas* da legislação para as posições jurídicas *fundamentais* dos cidadãos (CANARIS, 2009, p. 40-41 e 130). O Código de Processo Civil brasileiro de 1973, em seu artigo 126, claramente diz que,

mesmo que se enxergue lacuna em – ou obscura – a lei, não pode o juiz abster-se de decidir, mas, antes, (pode) socorrer-se dos princípios gerais do direito (cf. REINALDO FILHO, 2000, p. 108). Fosse doutro modo, a proteção dos direitos fundamentais dependeria dos acasos da técnica legislativa e seria bem mais intensa no caso dum norma precisa em sua (da norma) hipótese do que no (caso) dum cláusula geral (CANARIS, 2009, p. 41), a qual (cláusula *geral*), aliás, é a *mais adequada* técnica legislativa à informática⁶, em virtude da *dinâmica* deste fenômeno (PIMENTEL, 2000b, p. 159). A aplicação e o desenvolvimento das leis constituem o necessário complemento de sua (das leis) aprovação pelo legislador, sujeitando, assim como a este (legislador), *imediatamente* o juízo, mesmo no âmbito direito *privado*, à observância dos direitos fundamentais (CANARIS, 2009, p. 41). Por seu turno, o cabimento de recurso *extraordinário* (no Brasil – na Alemanha, *Verfassungsbeschwerde* ou, em português, “queixa constitucional”) por aplicação *inconstitucional*, pelo Poder Judiciário, do direito *material privado*, corrobora que haja sujeição *direta*, no plano jurídico-*material*, dos juízos *cíveis* aos direitos fundamentais, devendo ser aferidas, *imediatamente* segundo estes (direitos fundamentais), as proposições em que aqueles (juízos *cíveis*), interpretando e desenvolvendo o direito, embasem suas (dos juízos *cíveis*) decisões (CANARIS, 2009, p. 41-42 e 131). Essas proposições necessitam ser formuladas como normas e pensadas como parte do direito material para que se lhes (das proposições) verifique em seguida o respeito aos direitos fundamentais (CANARIS, 2009, p. 42 e 131). Noutras (de Canaris – 2009, p. 43) palavras:

⁶ Não só a esta (informática), mas, para Silva (2006, p. 740), (técnica legislativa mais adequada) à *responsabilidade civil como um todo*: “Já que a responsabilidade civil avança conforme progride a civilização, há necessidade de constante adaptação deste instituto às novas necessidades sociais. Bem por isso, as leis sobre essa matéria devem ter caráter genérico [...] e aos tribunais cabe delas extrair os preceitos para aplicá-los ao caso concreto.”

deve conceber-se a *ratio decidendi* de uma decisão judicial como norma, e comprovar se esta violaria um direito fundamental, sendo que há-de partir-se, aqui, da aplicação *imediata* deste – de forma não diferente do que se passa perante o legislador privado.

O Código Civil brasileiro de 2002 inova com um capítulo (o II do título I do livro I da parte geral) sobre os direitos da personalidade (os quais já eram abordados nos artigos 5º. a 12 do Código Civil italiano de 1942 e nos 70 a 81 do português de 1966). Esse capítulo é uma atenuação do patrimonialismo do direito civil clássico e um impulso em direção à *repersonalização* do direito privado, (impulso em direção a) um (direito) no qual a pessoa e sua dignidade existencial sejam postos no *centro* do sistema jurídico, em lugar do patrimônio (FACCHINI NETO, 2007, p. 30, n. 2). Para Silva (2006, p. 742), é na defesa da personalidade que encontra respaldo o princípio da reparação do dano, sendo a responsabilidade civil “verdadeira *tutela privada à dignidade da pessoa humana*”.

O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, mesmo não havendo intenção difamatória (artigo 17 do Código Civil brasileiro de 2002). São proibidas a divulgação de escritos, a transmissão da palavra e a publicação, exposição ou utilização da imagem de uma pessoa, se lhe atingirem a honra, boa fama ou respeitabilidade, salvo se autorizadas ou necessárias aquelas (a divulgação de escritos, a transmissão da palavra e a publicação, exposição ou utilização da imagem de uma pessoa) à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública (artigo 20, *caput*, do Código Civil brasileiro de 2002). No campo da responsabilidade civil, a tutela reparatória pode ser insuficiente, razão pela qual o legislador lança às vezes mão da chamada pena privada (instrumento sancionatório punitivo), quando inexistente ou ineficaz uma tutela preventiva

(FACCHINI NETO, 2007, p. 30, n. 2). No direito brasileiro contemporâneo, pode-se exigir que cesse a *ameaça ou lesão a direito da personalidade* e (pode-se) reclamar perdas e danos, devendo o magistrado, a requerimento do interessado, impedir ou fazer cessar qualquer ato contrário à *inviolabilidade da vida privada da pessoa natural* (artigos 12 e 21 do Código Civil brasileiro de 2002).

Para a Constituição da República do Brasil de 1988 (artigo 5º., inciso X), é inviolável o direito à intimidade, vida privada, honra ou imagem das pessoas, assegurada uma indenização ou compensação pelo dano respectivamente material ou moral que decorra de sua (do direito à intimidade, vida privada, honra ou imagem) transgressão. Privacidade é um conceito indeterminado sem extensão constitucionalmente delimitada, a preencher caso a caso pelo magistrado (REINALDO FILHO, 2002, p. 36). A partir de decisões do Tribunal Constitucional da Alemanha aparentemente divergentes construiu-se uma teoria dita “das esferas” (estas – esferas – de proteção, com diferentes intensidades, do direito à privacidade): a (esfera) mais interior, a (esfera) privada ampliada e a (esfera) social (ALEXY, 2012, p. 360-361). A (esfera) mais interior não estaria sujeita a uma ponderação de princípios, consoante a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha – cf. especialmente BVerfGE 34, 238 (245: “âmbito *nuclear*, protegido de maneira *absoluta*, da organização *privada* da vida” – no original, “den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung” – cf. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv034238.html#Rn030>) –, mas, como explica Alexy (2012, p. 361-362), essa ideia mesma (de que a esfera mais interior não estaria sujeita a uma ponderação de princípios) é o resultado duma ponderação: aquela (ponderação) concludente de que, para com determinados comportamentos e situações vividas pelo indivíduo, haveria uma prevalência *absoluta* (de modo que se possa, em vez de princípio,

falar de verdadeira *regra*) do princípio da liberdade negativa em sentido estrito⁷, *associado ao (princípio) da dignidade humana*, sobre todos os demais. A (esfera) privada ampliada seria aquela (esfera) com exclusão da (esfera) mais interior – cf. BVerfGE 27, 1 (7-8); 27, 344 (351); 32, 373 (379); 33, 367 (376); 34, 238 (246); 35, 202 (220) –, na qual (esfera privada ampliada) restrições seriam possíveis, conquanto estas (restrições) exigissem razões relevantes (ALEXY, 2012, p. 361-362). A (esfera) social, enfim, abarcaria tudo que não estivesse inserido ao menos na (esfera) privada ampliada (ALEXY, 2012, p. 361). Frequentemente, todavia, é difícil classificar um caso como de esfera privada ampliada ou de (esfera) social, porquanto entre aquela (esfera privada ampliada) e esta (esfera social) há, naturalmente, uma gradação (ALEXY, 2012, p. 363). Como ensina pois Alexy (2012, p. 363-364):

A teoria das esferas demonstra ser, portanto, uma descrição *extremamente rudimentar* dos diferentes graus de intensidade aos quais, sob diferentes condições, a proteção de direitos fundamentais está submetida. *Na parte em que é correta* essa teoria sustenta que a proteção da liberdade é tão mais intensa quanto mais peso tiver o princípio da liberdade negativa *em conjunto* com outros princípios, *sobretudo o da dignidade humana*.

Na Constituição da República do Brasil de 1988 ainda, lê-se que é livre a expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inciso IX do artigo 5º.), e a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não devem sofrer qualquer restrição (salvo a de ordem

⁷ O princípio da liberdade negativa em sentido estrito, também chamado (princípio) “da liberdade liberal”, de acordo com Alexy (2012, p. 351-352), visa assegurar a um titular de direito fundamental a maior liberdade de ação, situação e posição jurídicas possível por meio da proibição de condutas que lhe (do titular de direito fundamental) oponham obstáculo à ação, afetem situação ou suprimam posição.

também constitucional), vedada toda censura de natureza política, ideológica ou artística (artigo 220, *caput* e parágrafo 2º.) – cf. apelação cível 70045012994, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 19 de outubro de 2011, DJ de 24 de outubro de 2011. Sob pretexto de dificultar a difusão de informação ilícita, por conseguinte, não se pode reprimir o *direito da coletividade à informação*: “*Sopesados* os direitos envolvidos e o *risco potencial* de violação de cada um deles, o fiel da balança deve *pender para a garantia da liberdade de informação* assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.” (REsp 1316921/RJ, 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 26 de junho de 2012, DJe de 29 de junho de 2012). É certo, porém, que “*o princípio da liberdade de expressão não é absoluto* e, bem por isto, deve ser exercido de forma harmônica com os demais preceitos também resguardados pela Constituição Federal (§ 2º do art. 5º), *por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana*” (apelação cível 2010.026544-9, 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, decisão publicada em 29 de agosto de 2011). Nos Estados Unidos, o professor de Direito Constitucional na universidade Harvard Laurence Tribe chegou a sugerir que se emendasse a Constituição dos Estados Unidos para uma *expressa* garantia, *no ciberespaço*, tanto da *liberdade de expressão* quanto do direito à privacidade (GOUVÊA, 1997, p. 50). Os provedores de conteúdo na Internet, imensa sua força difusora de idéias, são essenciais à participação na vida democrática (FACHANA, 2012, p. 157), havendo-se recentemente mostrado instrumentos capazes até de eficazmente combater governos autoritários (SANTOS, 2011, p. 81). Eles, como os veículos de comunicação em geral, são “*instância natural de formação da opinião pública*” e “*alternativa à versão oficial dos fatos*”, nos termos com que se referiu à imprensa o Supremo Tribunal Federal –

ainda que para este desfrute ela (imprensa) “uma *liberdade de atuação ainda maior* que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão *dos indivíduos em si mesmos considerados*” – em acórdão na ADPF 130/DF (julgada em 30 de abril de 2009, Tribunal Pleno, DJe de 6 de novembro de 2009). No julgamento da apelação cível 1.0105.02.069961-4/001, em 18 de novembro de 2008, a 18^a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais recusou que se pudesse equiparar o provedor de conteúdo à “agência noticiosa” da Lei de Imprensa (5.250/1967), porquanto a Internet conecta computadores dispersos por todo o mundo, permitindo trocas de dados, por meio dum protocolo comum, *diretamente inseridos por seus* (da Internet) *usuários*, sem que haja dever de controle imposto por lei àquele (provedor), cuja atividade seria regida em verdade pelo Código Civil; além disso, a Constituição da República do Brasil de 1988, em seu artigo 5^o., inciso XII, garante o sigilo das comunicações de dados⁸ (REINALDO FILHO, 2011 – cf. tb. apelação cível 70043955822, 9^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 9 de novembro de 2011, DJ de 2 de dezembro de 2011), o qual (sigilo) apenas com uma nova constituição pode vir a ser violado (BRASIL, 2000, p. 116). É preciso verificar se, como se dá para com os portais de notícias, o provedor de conteúdo também o (provedor) é de *informação* (SANTOS, 2011, p. 80-81). Nessa hipótese, sua (do provedor de conteúdo) responsabilidade seria, para Santos (2011, p. 81), como a (responsabilidade) da mídia impressa, do rádio e da televisão: objetiva. Pois todos (provedor de conteúdo outrossim de informação; mídia impressa, rádio e televisão) são editores do que por meio deles é publicado (SANTOS, 2011, p. 81). A responsabilidade solidária da mídia impressa, do rádio e da televisão, contudo, sedimentada

⁸ Esse sigilo (das comunicações de dados), na Alemanha, gera mesmo uma tolerância, legalmente assegurada, à utilização da correspondência eletrônica corporativa para o trato de assuntos particulares (OLIVO, 1997, p. 32).

na súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça, tinha por base o artigo 49, parágrafo 2º. (que também estabelecia responsabilidade objetiva à mídia impressa, ao rádio e à televisão), da Lei de Imprensa, a qual (lei) não foi recepcionada pela Constituição da República do Brasil de 1988 (cf. julgamento pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, em 30 de abril de 2009, na ADPF 130/DF), a despeito de que aquela (súmula) continue a ser invocada (cf. apelação cível 06.003012-7, 3ª Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Piauí, julgada em 3 de março de 2011, DJe de 4 de março de 2011; apelação cível 6.044/2009 [89.160/2010], 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Maranhão, julgada em 25 de fevereiro de 2010, DJe de 8 de março de 2010; apelação cível 2007.035605-6, 5ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgada em 2 de junho de 2011, acórdão publicado em 14 de julho de 2011).

Concebe-se que alguém responda pelos prejuízos de outrem por causa do risco que o primeiro haja criado, embora proceda sem culpa ou até licitamente e mesmo não provindo o dano de ato seu mas de acontecimento natural ou de ato de terceiro ou (ato) do próprio lesado, bastando que esse alguém tenha criado determinado risco, (tenha) tomado uma iniciativa que lhe seja proveitosa conquanto envolvendo risco a terceiros (TELLES, 2010, p. 216). Prescinde-se assim da culpa quer como elemento individualizador da pessoa que ficará obrigada a indenizar, quer como fator significativo-ideológico justificante da própria situação de responsabilidade (CORDEIRO, 2010, p. 591), bastando constatar relação de causalidade entre a conduta arriscada e o dano (SILVA, 2006, p. 739; COSTA, 2009, p. 613-614)⁹. Uma esfera de riscos pode ser estabelecida por diversas concepções que às vezes se acumulam (LEITÃO, 2010, p. 381):

⁹ A culpa não pode ser esquecida, no entanto, quando da fixação do *quantum* indenizatório ou compensatório (COSTA, 2009, p. 613).

De acordo com a concepção do risco criado, cada pessoa que cria uma situação de perigo deve responder pelos riscos que resultem dessa situação. Por sua vez, segundo a concepção do risco-proveito, a pessoa deve responder pelos danos resultantes das actividades que tira proveito. Na concepção do risco de autoridade, deve responder pelos danos resultantes das actividades que tem sob o seu contrôle. (LEITÃO, 2010, p. 381).

Sendo *objetiva* a responsabilidade pelo risco, demanda previsão legal expressa – MARTINEZ, 2010/2011, p. 139. Es-tende-se ao Brasil (cf. SILVA, 2006, p. 740) a afirmação de Cordeiro (2010, p. 600), originalmente voltada ao direito europeu, de que “aparentemente estamos em face de uma tendência para generalizar a responsabilidade pelo risco, fazendo-a surgir perante qualquer elemento de perigosidade que escape ao controlo do seu autor ou beneficiário”. O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro de 2002 – como o (artigo) 483, número 2, do (Código Civil) português de 1966 – dispõe haver obrigação de reparar o dano independentemente de culpa nos casos especificados em lei, sendo um deles (casos) logo indicado no próprio dispositivo: quando a atividade *normalmente* desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua *natureza*, risco ao direito de outrem. Essa responsabilidade civil objetiva, cuja redação original (i.e. no projeto do Código Civil) era “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, *grande* risco para os direitos de outrem, *salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas*”¹⁰ (cf. SILVA, 2006, p. 738), funda-se na teoria do risco criado pelo exercício de atividade lícita mas perigosa (DINIZ, 2006, p. 716 – cf. tb. SILVA,

¹⁰ A emenda sofrida pelo dispositivo na Câmara dos Deputados deveu-se a que “o texto, ao mesmo tempo em que acolhia a responsabilidade sem culpa, inseria o critério de culpa como motivo de exclusão de responsabilidade, pelo emprego de medidas tecnicamente adequadas” (SILVA, 2006, p. 738).

2006, p. 738).

Não é, pois, que *não haja* risco de lesão a direito da personalidade na atividade desenvolvida pelo provedor de conteúdo (contra, cf. REINALDO FILHO, 2011). O risco com que se preocupa o direito não pode ser *apenas* o (risco) de dano *materal*. A atividade daquele (provedor de conteúdo) permite uma multiplicação *fácil e veloz* do dano *inédita*. Governos, por seu turno, ficam tentados a impor aos provedores de conteúdo a obrigação de filtrar a informação disponibilizada em suas (dos provedores de conteúdo) páginas, sob a alegação de combate ao terrorismo ou (combate) à divulgação de segredos de Estado (cf. FACHANA, 2012, p. 145, em que, na nota 300, faz-se menção exemplificativa ao notório incômodo causado aos EEUU em razão da divulgação, pelo Wikileaks, de centenas de milhares de telegramas oriundos de embaixadas ianques). Em virtude dos *benefícios à liberdade de expressão* produzidos por essa *mesma* atividade (desenvolvida pelo provedor de conteúdo) é que ele (provedor de conteúdo) não deve ser objetivamente responsabilizado. O modelo de negócio, essencial à manutenção dos serviços na *web 2.0*, em que um provedor de conteúdo ganha consoante o número de visualizações de determinada informação pode mesmo ser dito *consequência da democratização* da Internet (FACHANA, 2012, p. 143-144). Para que um provedor de conteúdo seja excluído (o que seria contrário à evolução da Internet e lhe – ao provedor de conteúdo – representaria pesada sanção) dum regime de isenção de responsabilidade, é necessário *demonstrar* que a publicidade veiculada em página que contenha informação ilícita, por causa desta (informação ilícita) e não pela popularidade *geral* do próprio *site*, àquela (página) seja por ele (provedor de conteúdo) *direcionada*, visando a maior ganho (com publicidade), sob pena de que se atinjam gravemente os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à informação (FACHANA, 2012, p. 143). Noutras palavras e visto doutro ângulo, é preciso verificar se há

tratamento *efetivamente neutro*, pelo provedor de conteúdo, das informações inseridas em suas páginas, para que (o provedor de conteúdo) se valha dum regime de isenção de responsabilidade (FACHANA, 2012, p. 143). Ainda neste caso (tratamento efetivamente neutro, pelo provedor de conteúdo, das informações inseridas em suas páginas), porém, se (o provedor de conteúdo) obtiver vantagem publicitária *excepcional* com a informação ilícita, está obrigado o provedor de conteúdo a compensar o lesado por seu (do provedor de conteúdo) *enriquecimento sem causa* (cf. FACHANA, 2012, p. 144, em que, no entanto, não é feita expressa referência ao instituto do enriquecimento sem causa).

O avanço tecnológico atual possibilita *maior* controle, pelo provedor de conteúdo, da informação por meio dele (provedor de conteúdo) divulgada na Internet (FACHANA, 2012, p. 145 e 152). Ferramentas de *deep packet inspection* (DPI) permitem-lhe (ao provedor de conteúdo) classificar o conteúdo que passar por seus (do provedor de conteúdo) servidores e até visualizá-lo (conteúdo), o que é evidentemente mais *eficaz* que o “*notice and take down*” normalmente reputado bastante para afastar a responsabilidade do provedor de conteúdo pelo ilícito divulgado por terceiro em suas (do provedor de conteúdo) páginas (FACHANA, 2012, p. 145). No entanto, especialmente em se tratando de mensagens de correio eletrônico, a leitura da informação representa verdadeira violação de correspondência (FACHANA, 2012, p. 145 e 147). A propósito, decidiu o Tribunal de Justiça da União Européia, em 24 de novembro de 2011, no processo C-70/10, não ser possível, ainda que por via judicial, impor ao provedor de conteúdo a instalação dum sistema *geral e preventivo* de filtragem, que seria *desproporcional* ante a restrição dos direitos fundamentais à *privacidade* e à *informação* que implicaria, em confronto com o fim *in casu* de proteção ao direito autoral, entendimento reiterado pela mesma corte em 16 de fevereiro de 2012 no processo C-360/10 (FA-

CHANA, 2012, p. 151-152). Em verdade, como explica Fachana (2012, p. 152-153 – cf. tb. p. 160), mesmo nos dias correntes, não é ainda possível impedir com *eficiência*, sem prévia avaliação *humana*, mormente quando criptografada a informação¹¹, a ofensa ao bom nome ou a violação do direito à imagem.

Na França, visando a uma maior proteção do direito autoral, foi editada, em 12 de junho de 2009, a Lei 2009-699 (*loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet* – em português, “lei para o favorecimento da difusão e proteção da criação na Internet”), conhecida por (Lei) HADOPI, sigla da *Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet* (Alta Autoridade para a Difusão de Obras e Proteção de Direitos na Internet) – FACHANA, 2012, p. 154-155. Essa lei adota o procedimento chamado “*three strikes and you’re out*”: a HADOPI, após queixa de violação de direito autoral, notifica o provedor de conteúdo a que preste informações acerca do titular da conta de acesso à Internet utilizada para o ilícito; obtidas as informações, aquela (HADOPI) notifica este (titular da conta), por correio eletrônico, relatando a detecção do ilícito (em FACHANA, 2012, p. 155, n. 318, afirma-se a ocorrência já de mais ou menos quatrocentas mil notificações a titulares de conta); havendo, em seis meses da notificação por *e-mail*, novo ilícito praticado por meio da mesma conta de acesso, aquela (notificação) é repetida, mas por carta registrada ao domicílio do titular da conta, com aviso de recebimento; se, em um ano da segunda notificação, der-se outro ilícito, é instaurado pela HADOPI processo em face do titular da conta, podendo este (titular da conta) ser sancionado à suspensão de acesso à Internet por um período de

¹¹ Pensada como a solução para a segurança na transmissão de dados pela Internet (REIS, 1996, p. 54), criptografia é o processo que torna ilegível a informação a quem não possua o bloco de dados que a (informação) permita decifrar (CRUMLISH, 1997, p. 67 e 83), sem a qual (criptografia) “o que as pessoas enviam por computador é algo equivalente a um cartão postal” (CORRÊA, 2000, p. 81).

três meses a um ano, durante o qual (período) aquele (titular da conta) estará obrigado a pagar ao provedor de conteúdo por este (acesso à Internet) – FACHANA, 2012, p. 155 e 156, n. 321. O titular da conta possui, com presunção de culpa afastável tão somente por meio do uso de filtros antipirataria de modelo aprovado pela HADOPI, um dever de vigilância sobre o acesso à Internet, sendo (o titular da conta) normalmente também o proprietário do computador com que ele (acesso) se dá, o que leva Fachana (2012, p. 156 e 159) a afirmar que “a Lei HADOPI vem dar um ‘novo fôlego’ à responsabilidade do dono da coisa no âmbito da Internet”. O processo que conduza à aplicação de sanção suspensiva de acesso à Internet deve ser *judicial*, consoante a *décision* 2009-580 DC du Conseil Constitutionnel, prolatada em 10 de junho de 2009, não podendo uma autoridade administrativa restringir direito (de acesso à Internet) corolário da liberdade constitucionalmente assegurada de expressão e pensamento (FACHANA, 2012, p. 156 e 161). Como previa Gouvêa (1997, p. 105), as mudanças tecnológicas têm levado as sociedades da era digital a conferir relevância ao acesso à Internet. Os que dela (Internet) não participam findam atualmente por sofrer mesmo exclusão no mundo real (CARVALHO *et al.*, 2007, p. 137). A despeito de que a Lei HADOPI tenha, de fato, reduzido o número de *downloads* ilegais, consoante estudo promovido pelo *Môle Armoricaïn de Recherche sur la Société de l’Information et les Usages d’Internet* (<http://www.marsouin.org/>), há evidente desproporcionalidade entre fim – proteção dos direitos autoral e conexos – e meios – imposição, ao titular da conta de acesso à Internet, de dever de vigilância sobre ela (conta) e sanção suspensiva deste (acesso)¹² – FACHANA, 2012, p. 157-159. Além disso, a presunção de culpa do titular da conta de acesso, mormente em caso de *IP*

¹² Para Fachana (2012, p. 175), isso (desproporcionalidade entre meios e fim) não impedirá que o modelo da Lei HADOPI se estenda aos demais países integrantes da União Europeia, em virtude do *lobby* das associações de direito autoral e (do *lobby*) das empresas de comercialização de obras por este (direito autoral) protegidas.

spoofing, é quase inafastável por quem, como a maioria da gente, possua conhecimentos mínimos de informática (FACHANA, 2012, p. 159-160). Apesar de que, em Portugal, a Lei 32/2008, de 17 de julho, que transpôs para a ordem jurídica lusitana a Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, obrigue os provedores de conteúdo tão só a que armazenem os dados pessoais dos usuários por ao menos um ano a fim de que as competentes autoridades judiciárias deles (dados) se possam utilizar na investigação de crime grave (artigos 6º. e 9º. da referida lei), é autorizado ao Poder Judiciário, pelo artigo 227 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, a imposição de medidas que, “segundo as circunstâncias, se mostrem necessárias para garantir a protecção urgente do direito”, as quais (medidas), por *analogia*, poderiam ser, consoante Fachana (2012, p. 158-159, n. 328), aplicadas ao mundo digital. Debate-se ainda, *de jure Lusitano constituendo*, o uso dum *software* de nome *honeypot*, o qual simula um arquivo ilícito a carregar em rede P2P, de modo a identificar quem o descarregue (FACHANA, 2012, p. 158-159). Melhor é que os provedores de conteúdo todos, como proposto na Diretiva 2000/31/CE em seu artigo 16, criem claros, específicos aos serviços que prestem e de amplo conhecimento códigos de conduta (ditos *softlaw*) aos usuários a fim de que estes (usuários) sejam com eficiência advertidos de que sua (dos códigos de conduta) violação acarretará sanções que eventualmente culminem em que não mais possam utilizar os serviços daqueles (provedores de conteúdo) cujo *softlaw* foi transgredido – FACHANA, 2012, p. 169.

Enfim, sendo exorbitante o *quantum* compensatório por dano moral na Internet fixado em processo judicial, cabe sua (do *quantum*) revisão pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1192208/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 02/08/2012). Como ficou aliás decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF

130/DF,

a *excessividade indenizatória* é, em si mesma, poderoso *fator de inibição da liberdade de imprensa*, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a *circunstância* em si da veiculação do agravo por *órgão de imprensa*, porque, senão, a liberdade de informação jornalística *deixaria* de ser um elemento de *expansão* e de *robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu* para se tornar um fator de *contração* e de *esqualidez* dessa liberdade.



BIBLIOGRAFIA.

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARTELEMBS, Daniela; TIMM, Luciano Benetti. Agência e representação comercial frente ao novo Código Civil de 2002, à luz da jurisprudência do TJRS. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 35, n. 109, p. 197-216, mar. 2008.
- BRASIL, Angela Bittencourt. *Informática jurídica: o ciberdireito*. Rio de Janeiro: A. Bittencourt Brasil, 2000.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. 2ª. reimpr. Coimbra: Almedina, 2009.
- CARVALHO, Karina da Rocha *et al.* Crimes praticados na Internet: breve visão da necessidade de uma legislação penal para tutelar os bens jurídicos na rede mundial de computadores. *Revista da Esmape*, Recife, v. 12, n. 26, p. 135-148, jul./dez. 2007.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português – direito das obrigações – gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2010, livro II, tomo III.
- CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos jurídicos da Internet*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 2009.
- CRUMLISH, Christian. *O dicionário da Internet: um guia indispensável para os internautas*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12ª. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FACHANA, João. *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet: em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores*. Coimbra: Almedina, 2012.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Juris plenum*, Caxias do Sul, ano III, n. 18, p. 29-68, nov./dez. 2007.
- GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 1997.
- GOUVÊA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.
- LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações. Introdução. Da constituição das obrigações*. 9ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

- LESSIG, Lawrence. *Code and others laws of cyberspace*. New York: Basic, 1999.
- _____. *Code version 2.0*. New York: Basic, 2006.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das obrigações – programa 2010/2011 – apontamentos*. Lisboa: AAFDL, 2010/2011.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. Privacidade na comunicação eletrônica. In: AUGUSTIN, Sérgio. *Dano moral e sua quantificação*. 4ª. ed. ver. ampl. Caxias do Sul: Plenum, 2007, p. 153-163.
- MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *Direito e Internet: a regulamentação do ciberespaço*. 2ª. ed. Florianópolis: UFSC, 1999.
- PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do “software”*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- PIMENTEL, Alexandre Freire. Responsabilidade civil por abuso do direito de informação (na Internet e na Lei de Imprensa). In: MONTENEGRO FILHO, Misael; PIRES FILHO, Ivon; MARANHÃO, Daniel de Albuquerque (coord.). *Responsabilidade civil: temas atuais*. Recife: Bagaço, 2000a, p. 99-104.
- _____. *O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000b.
- REINALDO FILHO, Demócrito. Responsabilidade civil por abuso do direito de informação (na Internet e na Lei de Imprensa). In: MONTENEGRO FILHO, Misael; PIRES FILHO, Ivon; MARANHÃO, Daniel de Albuquerque (coord.). *Responsabilidade civil: temas atuais*. Recife: Bagaço, 2000, p. 105-110.
- _____. A privacidade na “sociedade da informação”. In:

- REINALDO FILHO, Demócrito (coord.). *Direito da informática: temas polêmicos*. Bauru: Edipro, 2002, p. 25-40.
- _____. Julgados sobre a responsabilidade dos provedores. *Consultor jurídico*, [s.l.], 20 fev. 2011. Disponível em: www.conjur.com.br/2011-fev-20/jurisprudencia-responsabilidade-provedores-internet . Acesso em: 16 out. 2012.
- REIS, Maria Helena Junqueira. “*Computer crimes*”: *a criminalidade na era dos computadores*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SANTOS, Fábio Lima dos. Informações na *web*. *Blogs, Facebook e portais de notícias: existem diferenças para a responsabilização civil? Visão jurídica*, São Paulo, n. 64, p. 80-81, ago. 2011.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Arts. 927 a 954. In: FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. 5ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 737-776.
- TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. 7ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.
- VERANTWORTLICHKEIT eines Hostproviders für einen das Persönlichkeitsrecht verletzenden Blog-Eintrag. *Bundesgerichtshof - Mitteilung der Pressestelle* Nr. 169/2011. Disponível em: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2011&Sort=3&nr=57957&pos=0&anz=169> .Acesso em: 7 nov. 2012.
- WEBSTER’s *encyclopedia unabridged dictionary of the english language*. New York: Gramercy, 1996.