

OS DEVERES DE CONDUTA PRÉVIA DOS PROVEDORES DE INTERNET

Regma Janebro

Sumário: Introdução. Capítulo 1 - A Velocidade e a Diversidade como Paradigmas da Internet. 01. A mentalidade virtual - compartilhar e conhecer. Capítulo 2 - Os Provedores de Internet. 01. Definição e características. 01.01. Nomenclatura e quadro brasileiro. 01.02. Na Europa, em Portugal e nos EUA. 02. A ausência de um dever geral de vigilância prévia dos provedores de internet. Capítulo 3 - A Responsabilidade Civil. 01. A responsabilidade civil contratual e aquiliana. 02. O caráter reparador e sancionatório da responsabilidade civil. 03. Requisitos da responsabilidade civil. 03.01. Ato humano. 03.02. A ilicitude. 03.03. O dano. 03.04. A causalidade. 03.05. A culpa. 04. A responsabilidade civil objetiva e a culpa presumida. Capítulo 4 - Os Deveres de Segurança, Informação e Lealdade. 01. Segurança. 02. Informação. 03. Lealdade. Capítulo 5 - A Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet e os Deveres de Conduta Prévia. Disposições Conclusivas.

INTRODUÇÃO



nos idos da guerra fria e com o objetivo de proteger redes locais de comunicação e informação, para assegurar a continuidade do sistema de comando nos tempos da guerra fria foi desenvolvido um projeto americano com epíteto de ARPANET (*Advanced Research Projects Agency*), desenvolvido pelo departamento de defesa norte-americano em 1.969.

É possível ter sido este Projeto o embrião da revolução deste macrocosmo eletrônico conhecido por internet. Todavia, ressaltam outros autores que “a primeira comunicação *compu-*

ter-to-computer foi estabelecida em quatro pontos: Universidade da Califórnia-Santa Bárbara, UCLA, SRI Internacional e Universidade de Utah, por meio de uma rede na qual não havia necessidade de um comando central e todos os pontos se equivaliam”¹, asseveram ter, em verdade, a Internet se originado no meio acadêmico, para depois ser aproveitada junto a defesa americana.

Segundo alguns, após a experiência acadêmica, é que a idéia foi difundida e subsidiada pelos EUA pela já mencionada necessidade de conexão entre as diversas centrais de computadores entre os comandos estratégicos norte-americanos contra um ataque russo em detrimento dos dados inseridos naquelas máquinas. A maioria aposta que o projeto ARPANET (*Advanced Research Projects Agency*) foi o precursor da interligação de informações em rede de maneira simultânea ao armazenamento, na busca de garantir que um ataque a determinada máquina não fosse capaz de fulminar a informação ali contida, vez que tais dados também se encontrariam armazenados em outro local. Destarte, o mecanismo tecnológico de defesa tornou despendicienda à existência de um comando ou centro de controle, ficando asseguradas as informações ainda que determinadas máquinas viessem a sofrer algum ataque.

Não obstante a alteração, após a ovacionada descoberta, outro ato de criação para o surgimento da Internet foi indubitavelmente o protocolo de comunicação (*The Internet Protocol – IP*), hábil a conectar qualquer quantidade de computadores numa rede a fim de que atuassem em grupo. Mais tarde o TCP (*Transmission Control Protocol*) aliado ao IP viabilizou a troca de informações entre máquinas de tecnologias diferentes, de forma que o protocolo TCP/IP permitiu o acesso a informações e todo tipo de transferência de dados, interligando o conglomerado de redes em escala mundial: a internet.

O termo “*internet*” encontra-se definido pelo Ministério

¹ Stoco, Rui. 2002.

do Estado das Comunicações Brasileiro, segundo a Portaria 148, de 31/05/1995, alínea “a”, item 3 da Norma 004/95, segundo o qual significa²: “*Nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores*”.

Escritos registram que no início da grande descoberta podia-se constatar certa resistência dos usuários (restritos) da rede em oferecê-la ao mundo empresarial, de forma que poucos eram aqueles que tinham acesso a rede, e, além disso, a extensão da malha também não admitia maior difusão. Assim, havendo acesso restrito com limitados usuários, respirava-se a liberdade própria da academia, deveras, as relações estabelecidas na *net* eram pautadas por uma espécie de recusa a censura ou regulação distanciada das efetivas relações sociais³. As conversas eram desprovidas de qualquer constrangimento, eram diretas, cristalinas, objetivas, ingressavam em determinados momentos até mesmo no liame da indelicadeza, podendo se mostrar rústicas mesmo, ou ofensivas ao costume cotidiano social regular. Naquela época um mundo aparte se estabeleceu entre os usuários da rede, uma liberdade sem balizas era estimulada nas relações travadas virtualmente e a quem se sentisse ofendido, era qualificado pela própria rede e por suas características, responder à ofensa a altura.

Finalmente, por volta de 1987 restou autorizado o uso comercial da malha tecnológica e pela década de 90 se expandiu com toda a sua eloquência, numa verdadeira popularização que se atualiza, capaz de atingir os mais remotos países do Mundo, tudo em virtude do aperfeiçoamento da informática, na qualidade dos programas ou na velocidade da rede, ao lado da

² WILLIG, David. A Internet e a Constituição dos Estados Unidos, Consullex, p. 46.

³ Almeida, Luiz Antônio Freitas de. 2010.

redução dos custos e na notável implementação de um mesmo programa para o mundo inteiro⁴.

Consentâneo ao avanço virtual surgiu o sistema *www*, cujo significado é “*rede de alcance mundial*”, que veio trazer organização ao intenso fluxo de informações constantes da rede. Trata-se de um sistema de documentos em hipermídia para interligar e executar as informações na internet com maior alcance possível, para isso utiliza três ferramentas básicas foram desenvolvidas: um protocolo de transmissão de dados (HTTP), um sistema de endereçamento próprio (URL) e uma linguagem de marcação, para transmitir documentos formatados através da rede (HTML). Por meio desse sistema foi possível pinçar de um emaranhado de informações exatamente aquelas que interessavam a pesquisa do internauta, favorecendo de maneira singular o uso indiscriminado da rede.

Trata-se de um programa de perguntas e respostas na qual o utente conectado ao servidor envia um pedido que, uma vez analisado (rapidamente e automaticamente), o responde. Exemplo de fácil compreensão são os sites de busca, que, por meio de palavras chaves e no uso do protocolo *www* possibilita extrair da rede as informações sobre determinado tema de maneira ordenada.

Hoje a internet integra o mundo hodierno como ferramenta vital ao seu estado de desenvolvimento e as relações travadas na rede exigem do direito uma previsão para assegurar a eficaz expansão das estruturas atuais.

CAPÍTULO 1 – A VELOCIDADE E A DIVERSIDADE COMO PARADIGMAS DA INTERNET PARA O MUNDO CONTEMPORÂNEO

Nossos dias retratam as peculiaridades da rede, ela se mostra como uma ferramenta deste tempo, desenvolvida para

⁴ Ceconello, Fernanda. 2002.

responder aos reclames da atualidade, numa sociedade globalizada em que o atributo da *velocidade* migrou da coadjuvância ao centro das necessidades e das atenções do homem.

No contexto, uma intensa massificação do uso da rede evidencia diversos aspectos, inúmeros positivos, tais como a conexão entre as mais diversas culturas, a globalização das economias, ampliação do estudo, da pesquisa. A rede se mostra um ambiente sem comando central, cujas informações são transmitidas instantaneamente em toda sua intensidade, sobrepondo limites geográficos. Destarte, a internet dissemina o conhecimento, aperfeiçoando o contato humano; é capaz de inovar as políticas empresariais, diminuir as distâncias, tornando a sociedade mais transparente, acabou por erigir um novo domínio para o homem de hoje: o poder tecnológico.

Todavia, o intenso fluxo de informações e a celeridade com que se processam no âmbito da rede impulsionam o direito a se posicionar frente os reflexos da convivência humana assumidos, seja em sede de responsabilidade civil ou criminal, seja no âmbito nacional ou para além das fronteiras nacionais. Sobre o tema verbera com eloquência Fernanda Cecconello: “*A rapidez dessa tecnologia é incompatível com os padrões contemporâneos, contribuindo para o surgimento de conflitos entre a sociedade e as novas tecnologias.*”⁵”

Efetivamente, características ontológicas da rede se mostram paradoxais. Tendo se tornado um ambiente livre, sem delimitação geográfica que o caiba, traz consigo as idiossincrasias dos desvios humanos numa dimensão potencializada pela sua absoluta especificidade, galopante velocidade e pelo assustante e eficiente fator pulverizador das informações ali veiculadas aduanada ao potencial anonimato estabelecido na malha virtual.

Sem olvidar daquela primitiva sociedade instaurada no seio virtual, onde não se respeitavam as balizas da sociabilida-

⁵ Cecconello, Fernanda. 2002.

de, a rede traz como essência inserida em sua própria natureza a possibilidade de estabelecer entre os homens uma liberdade social maior que a conhecida, e como todas as boas práticas e descobertas, se mal utilizada, é passível de causar grandes perdas a humanidade e aos seus usuários.

Destarte, o direito hodierno e mundial vê-se colocado diante da intensidade dos movimentos virtuais, dos fatos ocorridos na rede, sendo impulsionado a responder de maneira sagaz através da norma, mesmo antes de ver sedimentados ou bem delineados os valores cibernéticos. Basta trazer a memória a recente (ou não) celeuma erigida pela aprovação da lei SOPA e PIPA nos Estados Unidos capaz de gerar uma greve geral no âmbito da rede foi capaz de adiar indefinidamente a aprovação das leis no Congresso Estadunidense⁶.

Noutro giro, a representatividade política, social e econômica daqueles que dominam a tecnologia virtual é indiscutível, sendo certo que a internet de maneira evidente aos olhos menos distraídos foi capaz de fundar uma nova categoria econômica e social, uma vez que a disponibilidade de informação se mostra como autêntico manancial de poder na atualidade.

A Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, datada de 08/06/2000 demonstra pelos objetivos ali cristalizados a importância exponencial dos prestadores de serviço de internet. Comenta o assunto JOSE DE OLIVEIRA

⁶ O Stop Online Piracy Act (SOPA) é um projeto de lei com regras mais rígidas contra a pirataria digital nos EUA. Ele prevê o bloqueio no país, por meio de sites de busca, por exemplo, a determinado site acusado de infringir direitos autorais. O foco está principalmente em sites estrangeiros, contra os quais as empresas americanas pouco podem agir. No Senado, também circula o Protect IP Act, conhecido como PIPA (ato para proteção da propriedade intelectual), outro projeto sobre direitos autorais que mira a internet. Informações extraídas do endereço: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/01/wikipedia-volta-ao-ar-apos-protesto-contra-leis-antipirataria-nos-eua.html>.

ASCENSÃO⁷ ao afirmar: “...foi um dos objectivos essenciais dessa diretriz. Traduz também a emergência dos prestadores de serviços como poderosa força de pressão. A consequência está em se disciplinar muito mais a irresponsabilidade dos prestadores de serviços que a responsabilidade destes.”

Efetivamente, a força da internet acaba por concentrar-se nas mãos daqueles que detém o conhecimento técnico específico da matéria tecnológica, de forma que parte da sociedade consumidora dos serviços de informação acaba por se colocar numa situação de desvantagem em vista da intensidade de informações e de aprimoramento naturais da rede, e a depender da situação individual do cidadão, este pode se encontrar até mesmo a margem de toda essa revolução tecnológica. Trata-se de um recinto dinâmico, vivo mesmo, sítio onde sociedades, instituições ou até mesmo o indivíduo isoladamente é capacitado a desenvolver-se ou projetar-se de maneira expressiva uma vez que a Internet é alimentada por ações individuais, e não depende de alguma autoridade ou governo central⁸.

Destarte, a rede inaugura novos conceitos e destrona paradigmas passados. Determinadas ilações sedimentadas ao longo dos anos vem sendo regateadas frente uma nova maneira de pensar a comunicação.

Nesse contexto, crescente desafio encontra o legislador e intérprete da lei. *A internet tornou-se a extensão do homem, possibilitando que este se encontre em vários lugares ao mesmo tempo, apesar de imóvel*⁹. Mas o grave dilema do sigilo das informações, do anonimato e insegurança próprios da rede, aliados a morosidade das instituições nacionais competentes para dirimir controvérsias e editar leis, respectivamente o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, assola os usuários e operadores, reclamando urgência no desenrolar da solução ade-

⁷ Ascensão, José de Oliveira. 2003.

⁸ Santos, Antônio Jeová. 2001.

⁹ Parentonni, Leornado Netto. 2009.

quada que seja hábil a acomodar interesses opostos entre si.

Como dito, pontua-se verdadeiros gargalos virtuais, tais como, a necessidade segurança atual e eficaz. Também se mostra urgente elidir as distorções originadas do anonimato ínsito as operações da rede e, por fim, a ânsia de responder o questionamento sobre a inexistência de fronteiras possíveis de serem encontradas nas operações virtuais.

Sobre o anonimato, convém especificar que essa maneira de se relacionar originou-se com o desenvolvimento da rede e a ela é inerente. Trata-se de uma maneira diferente de convivência instaurada, suportada e desejada pelo internauta, devendo ser admitida dentro de determinado limite, ou seja, desde que obedeça a padrões prévios de comportamento ético. Assim, sendo o anonimato uma forma crível de prejudicar terceiros e sair ileso, sem responder pelos danos causados, o anonimato também importa num desafio a ser enfrentado pela comunidade virtual e pelo direito, seja em termos do avanço da tecnologia hábil a encontrar o verdadeiro paradeiro das rapinas virtuais, ou na busca incansável de alcançar o indescritível progresso de conseguir imputar a responsabilidade civil pelos danos causados virtualmente aos verdadeiros autores do fato lesivo.

No Brasil, a liberdade de expressão se encontra prevista na Constituição no seu art. 5º., IV, quando dispõe sobre a liberdade de manifestação do pensamento, limitada apenas com pela vedação também expressa ao anonimato. Nesse sentido, a vontade do legislador originário aponta para o dever do provedor de internet cuidar de diligenciar, apontar e informar, identificando seus usuários quando venham a ofender a ordem legal ou prejudicar terceiros, para coibir o anonimato vedado na Constituição e atribuir a cada um dos utentes a autoria certa e determinada por toda e qualquer manifestação de pensamento realizada em seu sítio. Para tanto, impõe-se o dever de conduta prévia do provedor de manter o cadastro dos usuários atualizados e o registro dos números de IP. Em São Paulo uma lei esta-

dual já dispõe sobre a matéria, visando elidir também o anonimato assegurado pelas lojas cibernéticas mais conhecidas como "lanhouses"¹⁰.

¹⁰ Lei 12.228/2006 SP - Artigo 1º - São regidos por esta lei os estabelecimentos comerciais instalados no Estado de São Paulo que ofertam a locação de computadores e máquinas para acesso à internet, utilização de programas e de jogos eletrônicos, abrangendo os designados como "lan houses", cibercafés e "cyber offices", entre outros. Artigo 2º - Os estabelecimentos de que trata esta lei ficam obrigados a criar e manter cadastro atualizado de seus usuários, contendo: I - nome completo; II - data de nascimento; III - endereço completo; IV - telefone; V - número de documento de identidade. § 1º - O responsável pelo estabelecimento deverá exigir dos interessados a exibição de documento de identidade, no ato de seu cadastramento e sempre que forem fazer uso de computador ou máquina. § 2º - O estabelecimento deverá registrar a hora inicial e final de cada acesso, com a identificação do usuário e do equipamento por ele utilizado. § 3º - Os estabelecimentos não permitirão o uso dos computadores ou máquinas:

1. a pessoas que não fornecerem os dados previstos neste artigo, ou o fizerem de forma incompleta;
2. a pessoas que não portarem documento de identidade, ou se negarem a exibí-lo;

§ 4º - As informações e o registro previstos neste artigo deverão ser mantidos por, no mínimo, 60 (sessenta) meses.

§ 5º - Os dados poderão ser armazenados em meio eletrônico. § 6º - O fornecimento dos dados cadastrais e demais informações de que trata este artigo só poderá ser feito mediante ordem ou autorização judicial.

§ 7º - Excetuada a hipótese prevista no § 6º, é vedada a divulgação dos dados cadastrais e demais informações de que trata este artigo, salvo se houver expressa autorização do usuário. Artigo 3º - É vedado aos estabelecimentos de que trata esta lei: I - permitir o ingresso de pessoas menores de 12 (doze) anos sem o acompanhamento de, pelo menos, um de seus pais ou de responsável legal devidamente identificado; II - permitir a entrada de adolescentes de 12 (doze) a 16 (dezesesseis) anos sem autorização por escrito de, pelo menos, um de seus pais ou de responsável legal; III - permitir a permanência de menores de 18 (dezoito) anos após a meia-noite, salvo se com autorização por escrito de, pelo menos, um de seus pais ou de responsável legal. Parágrafo único - Além dos dados previstos nos incisos I a V do artigo 2º, o usuário menor de 18 (dezoito) anos deverá informar os seguintes: 1. filiação; 2. nome da escola em que estuda e horário (turno) das aulas.

Nessa ordem de ideias, os principais desafios encontrados para uso lúdico da rede podem também ser considerados suas principais qualidades. O imparável avanço tecnológico e a volatilidade das informações que as tornam capazes de serem movidas instantaneamente; a possibilidade de se destacar individualmente e o incrível anonimato em que se pode inserir; a ausência de fronteiras geográficas a unir todos os povos e a ausência de normatização unívoca capaz de dirimir os conflitos, entre outros paradoxos humanos.

Nem tudo são trevas, confere-se ao leitor a possibilidade

Artigo 4º - Os estabelecimentos de que trata esta lei deverão:

I - expor em local visível lista de todos os serviços e jogos disponíveis, com um breve resumo sobre os mesmos e a respectiva classificação etária, observada a disciplina do Ministério da Justiça sobre a matéria; II - ter ambiente saudável e iluminação adequada; III - ser dotados de móveis e equipamentos ergonômicos e adaptáveis a todos os tipos físicos; IV - ser adaptados para possibilitar acesso a portadores de deficiência física;

V - tomar as medidas necessárias a fim de impedir que menores de idade utilizem contínua e ininterruptamente os equipamentos por período superior a 3 (três) horas, devendo haver um intervalo mínimo de 30 (trinta) minutos entre os períodos de uso; VI - regular o volume dos equipamentos de forma a se adequar às características peculiares e em desenvolvimento dos menores de idade. Artigo 5º - São proibidos: I - a venda e o consumo de bebidas alcoólicas; II - a venda e o consumo de cigarros e congêneres; III - a utilização de jogos ou a promoção de campeonatos que envolvam prêmios em dinheiro. Artigo 6º - A inobservância do disposto nesta lei sujeitará o infrator às seguintes penalidades: I - multa, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), de acordo com a gravidade da infração, conforme critérios a serem definidos em regulamento; II - em caso de reincidência, cumulativamente com a multa, suspensão das atividades ou fechamento definitivo do estabelecimento, conforme a gravidade da infração. § 1º - Na reincidência, a multa será aplicada em dobro. § 2º - Os valores previstos no inciso I serão atualizados anualmente, pelos índices oficiais.

Artigo 7º - O Poder Executivo regulamentará esta lei, especialmente quanto à atribuição para fiscalizar seu cumprimento e impor as penalidades a que se refere o artigo 6º. Artigo 8º - Esta lei entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação oficial.

Palácio dos Bandeirantes, aos 11 de janeiro de 2006.

de examinar a Internet por diverso paradigma, convida-se o operador do direito a ingressar no pensamento virtual que se encontra por trás da velocidade e operacionalidade das máquinas interligadas podendo, desta forma, mergulhar noutra realidade, não menos concreta, todavia absolutamente diferente. Exige-se nesse particular, que o legislador, ou ainda, o intérprete de direito venha a inserir-se nessa maneira jovem, nesse novo estado de espírito por onde de maneira cogente transitam as informação e relações hodiernas, a Internet.

01. A MENTALIDADE VIRTUAL. COMPARTILHAR E CONHECER.

Para os navegadores de Internet o conhecimento, entendido esse como um misto de criatividade, literatura, tecnologia, linguagem (...) é o grande tesouro da humanidade hodierna. Quem conhece torna-se líder e reúne condições de se colocar a frente de estruturas de poder. Sabe-se, porém que esse também é o entendimento das pessoas em geral, ainda que fora do âmbito da rede. Todavia, a projeção que a Internet proporciona ao usuário detentor de conhecimento é singular, vindo também a utilizar de uma linguagem particular. Além disso, para o internauta o conhecimento é considerado sempre insuficiente e causa uma espécie de inquietude, considera o saber deveras volátil a ponto de exigir o próprio compartilhamento para realmente alcançar audaz desenvolvimento, sem contudo chegar a seu termo. Na mente virtual, ao compartilhar descobertas faz-se possível otimizar a informação de forma a permitir críticas, comentários, divulgação e principalmente, que a informação seja “*remixada*”¹¹, repensada, alterada e melhorada, o que possibilita não poucas vezes evoluir para uma brilhante ferramenta.

¹¹ Remixar significa na linguagem virtual: criar produtos, serviços, informações etc derivados de um inicial.

Como emblema desse pensamento pinço no vasto mundo virtual a personalidade de *Salman Khan* que desenvolveu um método educacional revolucionário capaz de angariar mais de 4 (quatro) milhões de seguidores e levou algumas escolas da Califórnia a assumirem a técnica de ensino virtual vantajada reconhecendo os resultados do trabalho por ele desenvolvido a ponto de permitirem que seus alunos assistam as aulas de *Salman* em casa, sob carga horária, utilizando a escola para suprir eventuais dúvidas. Apesar de resolver em 10 (dez) minutos, de maneira simples e concisa questões de matemática, biologia, química, história, geografia etc, customizando o ensino, ele não pretende manter o sigilo de suas aulas e informações. Diz convicto: “*Minha meta é que gente do mundo inteiro possa aprender de tudo sem pagar nada a Khan Academy*”, ou ainda: “*Sonho alto. Meu objetivo é oferecer conhecimento de nível elevado sobre absolutamente tudo e de graça.*”¹².

CAPÍTULO 2 - OS PROVEDORES DE INTERNET.

A exponência de ajuizamentos em sede de responsabilidade civil são, examinadas dentro desse contexto, proporcionais a explosão das relações estabelecidas na rede. Os pleitos são inúmeros, todavia é possível observar a reparação de danos contra os provedores de internet por atos ilícitos praticados por usuários em detrimento de outrem, como uma das ações mais recorrentes. O fenômeno se explica pelas imensas dificuldades de se responsabilizar o efetivo autor do dano. Seja pela dificuldade de localização do mesmo, seja pela extraterritorialidade do dano e suas objeções naturais. Não havendo lei que discipline a matéria específica, recorrem com toda sua força aos provedores, por vezes com base num mero *pensamento fuzzy*¹³ e

¹² Revista Veja. Edição 2254 – ano 45 – n.5 – 1º. De fevereiro de 2012.

¹³ De acordo com esse pensamento, quem responde pelo dano pode não ser o seu causador, mas aquele que conta com meios financeiros para tanto.

na tendência mundial de escapar da culpa e do nexos de causalidade para a imputação do dano, com o advento e a força impressas a responsabilidade civil objetiva.

No contexto, convém ao operador do direito analisar as características próprias deste novo modo de se relacionar dentro de balizas seguras já implementadas pelo sistema da responsabilidade civil, adequando-os a vanguarda virtual naquilo que se mostra possível extrair da natureza da relação estabelecida entre as partes a real incidência de responsabilidade civil do provedor de internet.

Sendo a responsabilidade civil a resposta que o direito encontrou para compensar (e para alguns, também para prevenir reprimindo) os danos sofridos em virtude de ato ilícito provocado por outrem, é possível, examinando a responsabilidade civil dos detentores do conhecimento tecnológico e do movimento dos dados virtuais, uma leitura mais aprofundada das relações estabelecidas em rede, em vista de ir mais longe: moldurar os novos paradigmas desta mentalidade virtual que já se posicionou diante do mundo contemporâneo.

01. DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DOS PROVEDORES DE INTERNET.

O papel desempenhado pelos provedores de internet difere entre si e compreendê-las importa no estudo das funções de cada um. Os direitos violados na rede pressupõem uma relação anterior, nem sempre visível a um olhar desatento ou leigo. Não raras vezes acessa-se a rede sem saber como ou através de quem. Então, no contexto, é necessário identificar que o provedor de acesso é o gênero do qual as espécies abaixo são categorias. No Brasil, há doutrina nomeando diversamente os servidores em farta classificação, mas se buscou transpor para este

Trata-se de um jargão originado da lógica fuzzy, que admite valores intermediários entre o sim e o não.

relatório uma entre as demais, em vista de melhor sistematização.

01.01. NOMENCLATURA E QUADRO NACIONAL.

Para a doutrina brasileira, os provedores podem se distinguir de acordo com a atividade que realizam, nos seguintes termos:

PROVEDOR DE *backbone* ou fornecedor de espaço. O primeiro nome significa espinha dorsal, sendo o responsável por sustentar o influxo dos dados da rede em determinada área. Insere no ciber-espaço a disposição de outros servidores. Esse provedor arrima o fluxo de dados em trânsito pela *net*, redistribuindo por meio de roteadores o acesso a outros agentes, como os servidores de acesso e hospedagem¹⁴, *e.g.*, no Brasil a rede EMBRATEL é responsável por interligar o Brasil às redes mundiais e também se interliga dentro do território nacional em âmbito regional a espinhas dorsais de esferas menos abrangentes, esses se distribuem por meio de “*pontos de presença*”¹⁵, de forma que a internet se mostra como uma série de computadores interligados em rede pelo mundo afora.

PROVEDOR DE ACESSO – Através de um prestador de serviço a internet chega a casa, escritório ou ao móvel de cada usuário. Similar aos contratos de telefonia, o provedor de acesso realiza uma atividade meio conectando os usuários, oferecendo serviço de conexão a rede sem disponibilizar, em regra, serviços acessórios e recebe conexão de um *backbone* ou de algum servidor similar que esteja ligado ao *backbone*. A responsabilidade do provedor de acesso circunscreve-se ao contrato firmado com o usuário, *e.g.*, no que diz respeito à interrupção dos acessos, entre outras quebras contratuais.

PROVEDOR DE CONTEÚDO – coloca conteúdos *onli-*

¹⁴ Parentoni, Leonardo Neto. 2009.

¹⁵ Almeida, Luiz Antônio de Freitas. 2010.

ne, à disposição dos utentes. Esses são responsáveis pelas informações e demais leituras ou imagens veiculadas em seu domínio e em geral ou em tese, poderiam ter um controle editorial prévio das notícias e assuntos publicados, desde que inviabilizassem a simultaneidade da informação, o que não acontece.

PROVEDORES HOSPEDEIROS ou INTERMEDIÁRIOS DE SERVIÇO – também chamados de *'hosting service provider'*, hospedam páginas ou sites de terceiros permitindo o acesso pelos usuários. Trata-se de um suporte técnico de disponibilização de espaço virtual a terceiros e por isso não interferem no conteúdo das páginas que hospedam. Eles realizam uma espécie de intermediação entre os sites da rede, facilitando os serviços prestados e diminuindo as distâncias, colaboram de maneira inquestionável e imprescindível com a velocidade da rede.

Nesse pavimento, importante ressaltar a existência de uma verdadeira diversidade de atividades e prestações realizadas pelos servidores da sociedade de informação, tais como, os conhecidos contratos de linha, ou ainda, a pactuação de serviços não remunerados, como prestar informações em linha ou comunicações comerciais, o fornecimento de ferramentas de pesquisa, transmissão de dados, fornecimento de acesso, armazenagem de informações etc.¹⁶

Embora teoricamente seja possível distinguir os diversos provedores de internet por área de atuação, manuseando as definições das atividades desenvolvidas com o objetivo de pontuar a responsabilidade civil dos mesmos, na prática e em geral, uma única pessoa jurídica pode concentrar diversas características e atividades. As funções desempenhadas pelos provedores não são facilmente delineadas ou compreendidas de maneira uniforme, pois o servidor que gerencia *e-mails* pode conceder espaço para armazenamento e de outros dados também, sendo

¹⁶ Trabucco, Cláudia, 2005.

capaz de divulgar informações e até hospedar *homepages* de outros usuários¹⁷. Numa palavra: É muito difícil individualizar o serviço prestado e classificar individualmente um servidor em face das diversas atividades por ele realizadas, e em busca de aferir responsabilidade civil deve o intérprete mesmo é levar em consideração até que ponto, dentro das diversas atividades empenhadas pelo provedor, o provedor exerce o *controle das informações veiculadas*.

O entendimento jurisprudencial Brasileiro no cotejo da responsabilidade civil dos provedores de conteúdo de internet, cujo *leading case* redundou no exame de um Recurso Especial interposto pela I P DA S B em face da GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA, quando a 3ª. Turma do STJ, sob a Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, firmou o entendimento que os provedores de conteúdo não podem ser responsabilizados se o material ilícito veiculado foi produzido diretamente pelo usuário, não tendo o provedor qualquer ingerência na realização da informação, a exceção de que tenha sido previamente notificado do conteúdo ilícito e se tenha omitido em retirar o conteúdo lesivo de suas páginas virtuais.

Pontuou a Eminente Relatora *os deveres de conduta* a que se submetem os provedores de serviço para eximir sua responsabilidade frente a conteúdos lesivos veiculados na rede¹⁸.

¹⁷ Parentoni, Leonardo Neto. 2009.

¹⁸ EMENTA: DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO E MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA. STJ, 3ª. Turma, Resp 1193764-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Ac.un.,14/12/10

Destarte, infere-se do Julgado que os provedores, tanto intermediários, como os de conteúdo, devem manter atualizados os dados cadastrais do usuário, o número do IP e o trajeto percorrido¹⁹. A Diretiva Européia 2006/24/CE fixou um prazo, como se verá adiante. Também restou pontuado no mencionado acórdão STJ RESP 1193764-SP o dever de tornar o conteúdo ilícito inacessível, desde que provocado pela vítima.

Todavia, alguma doutrina²⁰ pondera a posição ambígua em que se posicionam os provedores de internet, ora assumindo a responsabilidade de meros operadores de telecomunicações, incapazes de interferir no conteúdo das informações que transitam pelo site por eles mantido, mas noutro momento absorvendo a capacidade de operar como verdadeiros editores, esses provedores participariam ativamente na veiculação da notícia, e deveriam ser, neste caso, responsabilizados pela mensagem infamante, ilícita ou prejudicial como um editor qualquer. Porém, a jurisprudência brasileira não firmou nenhuma diferença entre os provedores intermediários e os de conteúdo, fixando um dever prévio de conduta linear para ambos.

Embora no Brasil, inicialmente, alguns julgados tenham recalcitrado no entendimento de inculpar culpa objetiva aos provedores de conteúdo pelo dever de controle prévio do material divulgado no site, reconhecendo culpa *in vigilando* e posteriormente tenham perfilado a árida tese de culpa objetiva pela atividade de risco dos provedores de internet, decisões em contrário, acolhendo a teoria da culpa subjetiva também pavimentaram a orientação do julgado ora em tablado, indicando a certeza única de que o País se ressentia de unificação jurisprudencial na matéria. Por fim, com advento da decisão mencionada,

¹⁹ Sem contudo, pontuar o prazo pelo qual os provedores ficam adstritos ao arquivamento das informações. É possível, todavia, a múngua de solução legal, aplicar-se subsidiariamente o dever de manter os registros pelo prazo de 3 (três) anos, aquele previsto para fins de responsabilidade civil, art. 206 §3º., V do CCB.

²⁰ Paesani, Liliana Minard. 2012.

evitou-se a propagação da tese da culpa objetiva em face do risco da atividade, o que certamente contribuiu para uma edificação jurisprudencial uniforme.

A relação de consumo ressaltada nos julgados anteriores a esse entendimento, cuja responsabilidade é objetiva pelo fato do serviço, pesando sobre o fornecedor a compensação indenizatória independentemente de existência de culpa, além da obrigação de prestar informações exatas sobre os riscos do fornecimento, não mais encontrou albergue nas relações estabelecidas por meio da rede, também não sendo considerada a atividade do prestador como sendo de risco, como dita o art. 927, § único do CCBBr.

Em suma, ficou pacificado na jurisprudência brasileira que os provedores de internet respondem pelos seguintes deveres de conduta prévia: identificar o autor do eventual dano e para tanto, armazenagem de dados do usuário, incluindo número do IP e o trajeto de informações percorridas, com retirada imediata do material ofensivo, em caso de notificação extrajudicial.

01.02. NA EUROPA, EM PORTUGAL E NOS EUA.

A Comunidade Européia visando especialmente regular o comércio eletrônico e atenta a insegurança causada pela ausência de orientação hábil a regular as relações internacionais comerciais pela a Internet, para imprimir melhor confiança no trato econômico e comercial internacional, aprovou a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, em 08 de junho de 2000, transposta ao Direito Português por meio da lei 07/2004, de 07 de janeiro de 2004.

Em comunhão de esforços veio a Diretiva 2006/24/CE a fim de implementar um padrão mínimo de cautela na prestação de serviços pela internet no sentido de impor aos provedores a conservação dos dados dos serviços suportados pelos fornece-

dores, por período não inferior a seis meses nem superior a dois anos, devendo os dados serem disponibilizados apenas e unicamente sob o critério das autoridades competentes, devendo estas observarem os direitos fundamentais, notadamente, a privacidade e a proteção dos dados pessoais.

Sobre a Diretiva 31/2000, a Comunidade Européia estabeleceu o princípio da equiparação em seu art. 11º, dispondo que os prestadores de serviço de internet de associação de conteúdos submetem-se as regras comuns da responsabilidade civil e no artigo seguinte estipulou a ausência do dever geral de vigilância dos prestadores intermediários, para em seu articulado 14º *usque* 17º, regulamentar as espécies de prestadores de serviço de internet, observando a capacidade de interferência do prestador no conteúdo das informações, ao tempo em que dispõe sobre a responsabilidade de cada um deles.

É possível extrair das Diretivas examinadas em conjunto, a ambivalência da Comunidade Européia ao assegurar direitos contrapostos. De um lado observa-se a prevalência da velocidade e liberdade próprias da rede, quando se estabeleceu o regime da inexistência de dever de vigilância prévio e o regime de *irresponsabilidade*, mas por outro lado também é possível localizar o resguardo da segurança, na medida em que tais princípios gerais encontram balizas objetivas e restritivas do uso comercial da rede. Nesse sentido, a inexistência de um dever geral de vigilância prévia se dá em conjunto com determinado padrão de comportamento objetivo e com o dever de cooperação com as autoridades, nele inserto a possibilidade de imposição de determinada diligência ao *hosting* para detectar ou prevenir atividades ilícitas praticadas em seu âmbito de atuação²¹.

Nos exatos termos da Diretiva, o provedor intermediário de *mere conduit* é aquele prestador cuja atividade principal se limita ao simples transporte de informações ou a viabilizar

²¹ Binicheski, Paulo Roberto. 2011.

acesso à rede de comunicação. A Diretiva Europeia, assim como o Dec. Lei 07/2004 positivou a regra da *irresponsabilidade* para esta espécie de atividade. Todavia, tal nomenclatura pode ser considerada inadequada, tendo em vista que o provedor intermediário responde civilmente como qualquer outro sujeito em termos de responsabilidade civil. O que realmente acontece é que a atividade por ele exercida, por evidenciar-se unicamente técnica, automática, sem qualquer interferência e sem tomar ciência da informação transmitida, simplesmente prestando o imprescindível serviço de reduzir as distâncias virtuais e assim, imprimir velocidade à rede no exercício desta atividade; não pode ser responsabilizada pelos conteúdos gravosos veiculados por terceiros, ainda que tenham servido de “*ponte*” para que a informação seja divulgada. Nesse sentido, ressente-se a ação (atividade) do prestador denexo causal interligando-a ao dano porventura causado contra a vítima, não havendo liame entre a conduta lícita do intermediário e o prejuízo sofrido.²²

A Diretiva entende que a atividade do simples transporte como necessária à atividade virtual de que todos nos servimos, ao passo em que viabiliza a conservação dos dados e a velocidade da rede e por isso o desvincula de eventual responsabilidade, ainda que a cópia evidencie uma infração ao *copyright*. Mas é possível que ao simples intermediário seja imposto dever de conduta, de ação, como retirar imediatamente o conteúdo considerado ilícito quando provocado pelas autoridades ou quando tome conhecimento por qualquer outro meio, entre outras ações exigíveis e dispostas em lei.

Por conseguinte, desde que o prestador obedeça às regras objetivas e limitadoras impostas pela Diretiva, será considerado como intermediário. Assim, não se colocando na origem da informação, não tendo intervenção no conteúdo nem na seleção das mensagens transmitidas, nem mesmo, na seleção dos desti-

²² Considerando 42 da Diretiva 2000/31/CE.

natários, não há que se falar em responsabilidade civil.²³

O provedor de armazenagem intermediária, conhecido como *caching*²⁴, tem por atividade primordial a acumulação provisória de cópias de páginas e serviços acessados usualmente pelos internautas de forma a capacitar a rede num acesso mais rápido, serve como uma espécie de atalho, cujo objetivo primordial é descongestionar o espaço virtual, reduzindo as distâncias das páginas mais usualmente acessadas. Portanto, esse tipo de atividade, desde que se abstenha de intervir no conteúdo das mensagens transmitidas na sua relação com os destinatários e respeite as condições de acesso à informação, deve receber por regra a não responsabilização pelos danos causados por terceiro no uso de seus terminais²⁵.

Também o *hosting*: desde que atenda os preceitos da Diretiva, mormente em seu art. 14 também recebe a imunização quando atua com material de terceiros, se o conteúdo for estranho ao controle do provedor, havendo disposição expressa do contrário, caso a informação venha a originar-se ou submeter-se ao controle do prestador. A atividade do *caching* é considerada como uma mera atividade de cópia e facilitação do uso da rede, ao passo que o *hosting* é tratado como um autêntico serviço de transmissão de informações hábil a viabilizar outras transmissões²⁶.

Por outro lado, na armazenagem principal a atividade preponderante do prestador intermediário é ceder a determinado destinatário um espaço (medido em megabytes) para que este coloque a informação (*hosting*) no ciberespaço. Tem responsabilidade subjetiva pelo conteúdo ilícito se tiver conhecimento prévio da informação e também cumula a responsabili-

²³ Art. 14, 2 Dec Lei 07/2004.

²⁴ Trabuco Claudia, 2004.

²⁵ Idem.

²⁶ Binicheski, Paulo Roberto. 2011.

dade de retirar o conteúdo de ilicitude manifesta²⁷.

Como provedores de associação de conteúdos são considerados os sites de busca, associação de conteúdos e hiperconexões ou hyperlinks e embora não estejam submetidos à normatização das Diretivas, foram equiparados pelo Dec. Lei 07/2004 de Portugal aos *hostings*, quando o Diploma tratou da sua responsabilização, de forma que a prestação dos serviços relevantes de pesquisa manteve a uniformidade do regime, mas foram obrigados a retirar e/ou impossibilitar o acesso a conteúdos nocivos, sob pena de submeter-se ao regime geral de responsabilidade civil, da mesma forma que os prestadores de armazenagem principal²⁸.

O provedor de conteúdo e a entidade que coloca conteúdos *on line* são considerados fornecedor de conteúdo que estão ou não habilitados a exercer o controle editorial prévio e além do disposto no art. 11, não se trata do assunto na lei Europeia, por isso se pode concluir que a responsabilidade é subjetiva. Mas sua identidade pode ser ocultada através de meios técnicos acessíveis.

Assim, também o Dec. Lei 07/2004 se ocupou dos provedores intermediários, que normalmente não intervêm na informação ou intervêm de maneira reduzida e para tanto estabeleceu o princípio da ausência de um dever *geral* de vigilância prévia, não excluindo, contudo, a responsabilidade dos deveres de vigilância em casos específicos, *e.g.*, quando o conteúdo da informação é manifestamente ilícito, devendo o provedor remover o conteúdo, acolhendo das decisões da entidade de supervisão central, entre outros deveres²⁹.

Importante ressaltar o sistema de solução provisória de litígios, estatuído pela Comunidade Européia, absorvido e regulamentado pelo DL 07/04 quando instituiu um procedimento

²⁷ Art. 16 do Dec Lei 07/2004.

²⁸ Art. 17 do Dec Lei 07/2004.

²⁹ Gonçalves, Pedro. 2005.

administrativo prévio para os casos em que a ilicitude da informação não se mostrar manifesta, ou seja, nos casos duvidosos, para alcance de uma resposta imediata no prazo máximo de 48 horas, *ex vi* art. 18.

Estabelece o DL 07/2004, nesse sentido, a Entidade de Supervisão como sendo a ICP-ANACOM, na forma do art. 35.2., cuja intervenção apresenta viés policial, sem olvidar que a solução definitiva é devida apenas aos Tribunais³⁰.

Portanto, na Europa e transposta para Portugal, a Diretiva estabeleceu deveres de conduta aos provedores de internet a fim de beneficiá-los com a regras da ausência de obrigação de fiscalização prévia do conteúdo veiculado pela internet.

Quanto à regulação estadunidense, no exame dessa matéria e com esteio na *commom law*, a jurisprudência evoluiu na América, sendo delineada a partir de julgados entabulados nos anos 90.

Um deles analisou em especial a difamação na internet, trata-se do caso *Cubby, Inc. v. CompuServe*, quando a Corte Distrital Novayorquina decidiu pela impossibilidade de reputar ao provedor responsabilidade civil face a impossibilidade do mesmo avaliar previamente o material lançado na rede³¹. Em seguida, decisão em contrário restou ventilada no caso *Sratton Oakmont v. Prodigy Services Co*, julgado em 1995, quando o provedor de internet foi equiparado, em termos de responsabilidade civil, ao editor de texto tradicional, por ter assumido anteriormente a obrigação de controle editorial prévio. A síntese dos dois casos revelava que os provedores de internet nos USA não seriam responsáveis pelos conteúdos veiculados, salvo se tivessem previamente expressado esta obrigação, estimulando a pernicioso conduta de omissão dos servidores, em detrimento dos esforços do provedor que estabelece nos seus trabalhos a busca de proteção com implantação de filtros e siste-

³⁰ Vasconcelos, Pedro Pais. 2005.

³¹ Filho, Demócrito Ramos Reinaldo. 2011.

mas de segurança.

Em 1996 acabou por ser aprovada pelo Congresso Norte-Americano a *Communications Decency Act*, lei editada em resposta ao expressivo aumento de conteúdos ilícitos oferecidos pela rede e sucessivos reclames judiciais, colocando fim a celexuma instaurada para conferir ao provedor a possibilidade de restringir a veiculação de material ofensivo, pela regra da imunidade dos provedores perante seus assinantes³².

A mencionada lei acabou por estipular um sistema geral de irresponsabilidade para os provedores de serviços considerados como intermediários. Noutra giro, os provedores de conteúdo, sendo considerados aqueles que interferem na criação ou desenvolvimento da informação disponibilizada pela rede, respondem nos ditames da lei pela ilicitude da informação na mesma medida que um editor responde pela ilicitude de suas publicações. Observa-se, destarte, uma espécie de superproteção aos provedores intermediários, abrangendo estes os *backbones*, acesso, *hosting* e correio eletrônico, indistintamente, de forma a eximi-los de toda e qualquer responsabilidade, ainda que cientes do evento danoso, vez que não tem obrigação de remover conteúdo considerado ilícito mediante notificação do lesado, devendo a vítima recorrer inexoravelmente às vias judiciais que, diga-se, efetivamente funcionam nos EUA.

Dessa forma, se o ofendido pretender retirar da rede certo conteúdo, ainda que manifestamente ilícito, deverá ingressar com a ação judicial respectiva, de forma que o Estado acabou por absorver a demanda numa postura liberal do trato da matéria, valendo-se, nesse sentido do seu importante artefato do efetivo funcionamento das instituições e inerente celeridade processual³³.

02. A ausência do dever geral de vigilância prévia dos provedores intermediários.

³² Binicheski, Paulo Roberto. 2011.

³³ Leonard, Marcel. 2005.

Cabe inicialmente salientar que nos Estados Unidos da América a responsabilidade é estabelecida de acordo com a atividade exercida e não com base na categoria particular de provedor, tendo a seção 230, alínea “c” da lei *Communications Decency Act* estabelecido divisão entre os provedores que tem controle editorial prévio e os provedores que exclusivamente intermediam o acesso a rede ou informações, chamando aqueles de “*serviço informático iterativo*” e esses de “*provedor de conteúdo*”, tendo sido estabelecido um procedimento judicial eficaz de remoção rápida de informações, o *notice and take down*.

No que diz respeito aos provedores intermediários, importa ressaltar que evidenciando o objetivo principal de armazenar informações para aperfeiçoar o serviço da rede, tanto o *Communication Decency Act*, como a Diretiva 31/2000, e bem assim sua transposição para o direito Luso, como dito, dispuseram expressamente pela isenção de responsabilidade por conteúdos armazenados ou transmitidos nos equipamentos dos provedores intermediários, *ex vi* art 12 do Dec Lei 07/2004³⁴, estabelecendo a regra geral para os provedores, eximindo-os de averiguar previamente os conteúdos publicados na sua eventual ilicitude.

Observa-se nesta disposição uma evidente sintonia naquilo que trata como regra geral a responsabilidade por omissão, quando a parte responde apenas e na medida em que tenha o dever de praticar o ato omitido, *ex vi* arts. 486 do CCpt c/c 186 do CCB.

Não obstante, caso o provedor tenha capacidade de interferir no conteúdo da informação, o nível de responsabilidade aumenta a ponto de ser considerado editor do texto veiculado. Portanto, nos EUA a CDA estabeleceu dois padrões elementares para fixação de responsabilidade dos provedores, o inter-

³⁴ Transposição da Diretiva Européia 2000/31/CE para a legislação portuguesa.

mediário da informação segundo as normas por eles estabelecidas ganha a isenção total de responsabilidade e os provedores que contam com o domínio da informação são considerados responsáveis segundo as regras gerais. De outro lado, também a Diretiva noutros termos indica esse mesmo limite, somente elenca expressamente os requisitos que devem estar satisfeitos para eximir a responsabilidade do provedor.

No fim, acabou por ser estabelecido, tanto na América como na União Européia, um sistema tripartido em que se devem considerar três requisitos simultâneos para constatar a responsabilidade civil subjetiva do servidor: conhecimento prévio do conteúdo ofensivo, a capacidade técnica ou jurídica de ação e a omissão deliberada de retirada do material como os pressupostos de responsabilidade civil dos provedores de internet³⁵. Por esse sistema tripartido, fixou-se deveres de conduta prévios aos provedores de internet, a serem analisados em seguida.

O *conhecimento anterior* gravita na órbita psicológica do agente e deve ser comprovado pelo lesado, que para tanto deverá tomar em consideração os padrões básicos do comportamento humano. Não é cientificamente adequado expungir de sentimentos humanos a conclusão que gravita em torno do conhecimento de algo pelo homem.

Nesse sentido, para o direito mais importa o dado social, o comportamento externo do agente, e não o seu estado interior, uma vez que a concepção ética da boa fé inserida na atuação do homem sobrepõe-se aos sentimentos que passam apenas no âmbito interior de cada um, impassível de ser conjecturado pelo direito. Na esteira das afirmações lúcidas perfiladas por Cordeiro sobre o tema da boa fé: “...*sobrepõe-se ao critério da ignorância-ciência uma bitola de atuação correta-incorreta que consome o primeiro.*” Por conseguinte, ao direito importa somente se o agente atuou com o cuidado que dele se espera e

³⁵ Binicheski, Paulo Roberto. 2011.

por isso, o conhecimento da informação aqui mencionado como vértice de um sistema tripartido deverá ser considerado de acordo com o que se *devia saber*, mais que com o que efetivamente sabia o provedor (vez que essa conclusão não se mostra cientificamente plausível). Como já entendeu a jurisprudência portuguesa, o estado anímico da pessoa não é passível de comprovação, o que se faz possível é comparar os atos realizados com a conduta geral do ser humano em circunstâncias idênticas³⁶.

A capacidade técnica de retirar o material da rede diz respeito ao alcance tecnológico das ferramentas passíveis de serem utilizadas, havendo algum óbice no resultado positivo da atuação do provedor se a informação já foi pulverizada na rede, o que não o desobriga de tudo fazer para nos seus sítios não serem acessados o material dito lesivo.

A capacidade jurídica abrange a evidência da lesividade do conteúdo, sendo certo que nem todo conteúdo ilícito pode ser assim considerado pelo leigo ou num juízo de prelibação, somente as informações evidentemente lesivas são passíveis de terem constatadas as possíveis ilicitudes imediatamente.

E a omissão de retirada do conteúdo se trata de ato meramente objetivo, capaz de ser comprovado pela parte que o invoque.

Portanto, retornando à cláusula geral de não responsabilização do provedor de internet pela ausência de um dever geral de vigilância prévia com visio neste sistema tripartido estipulado para a *irresponsabilidade* civil dos provedores de internet, observo que se ampara num estado de ignorância desculpável similar ao da boa fé possessória. O servidor, desde que cumpra os deveres de cuidado que lhes são imputados não responde por danos causados aos usuários de internet, ainda que os serviços prestados tenham sido a causa do dano, porque uma vez agindo dentro de tais bitolas, presume-se que ignora determinadas co-

³⁶ STJ 05-fev-1981, RLJ 116 (1983), 81-84 (83-84)

municações.

CAPÍTULO 3. A RESPONSABILIDADE CIVIL.

Apenas para rememorar, trago a baila que na verdade funciona como regra geral, o princípio da não indenização, como seja, a inexistência de compensação das ações/omissões é a regra geral e não impera a regra da responsabilidade civil pelos atos que venham a causar danos. Nesse sentido, se respiro ar poluído e venho a adoecer em face da emissão de gás carbônico emitido pelo intenso tráfego de ônibus, as empresas de viação não me devem nenhuma compensação, se perco um emprego por ter ficado estagnado no trânsito durante o período do treinamento previamente agendado, ninguém deve compensar-me pela perda, se deixo de pagar uma conta de energia em vista de greve geral, terei que responder pelos juros e encargos da mora e por outro lado. Mas se por outro lado, meu imóvel valorizou em face da construção de uma obra pública, não devo recompensar o Estado, se padeço de uma doença terminal cuja cura foi descoberta após anos de estudo e de investimento, mas pude receber tratamento tempestivo, módico e adequado, tendo ficado curado, é devido apenas o louvor a Deus, mas não a compensação ao médico que desenvolveu o remédio.

Assim, as interferências positivas ou negativas causadas por outrem, em sua maioria, são consideradas acréscimos ou desconfortos normais à vida em sociedade, a serem absorvidos pelo cidadão que vive em conjunto, e como já grifado, também se pode catalogar ganhos ocasionais que a pessoa não se esforçou para conseguir. Portanto, a vida em sociedade por si mesma faz recair sobre cada cidadão ganhos e perdas, em geral absorvidos e compensados pelo movimento da vida em comum³⁷.

Determinados proveitos exagerados em detrimento de

³⁷ Coelho, Fábio Ulhoa. 2010.

outrem e os prejuízos causados por culpa ou em face do exercício de atividade de risco serão, todavia, recompensáveis: aquele pela vedação ao enriquecimento sem causa, esse pela responsabilidade civil. Cabe realçar, no cotejo, que quanto mais desenvolvida a sociedade, mais bens submete a reparação, porque um evidente objetivo do Estado desenvolvido é elidir os prejuízos sofridos por cada cidadão no seio social, em garantia a qualidade de vida e de convivência confortável.

Nesse sentido, a responsabilidade civil é o campo em que o sujeito prejudicado tem a possibilidade de exigir daquele que o prejudicou, uma compensação pela perda sofrida³⁸.

Por conseguinte, o instituto da responsabilidade civil deve definir os padrões básicos de distinção dos prejuízos: aqueles que devem ser compensados, mediante diversos requisitos e assim, admitir a escolha de regimes jurídicos diferenciados.

Em especial, pode-se classificar a responsabilidade civil como obrigacional ou aquiliana. Em termos dessa última, se o provedor de internet obedece a certo padrão de conduta e caso não proceda segundo as regras gerais do setor ou não retire a informação ao tomar conhecimento de eventual ilicitude, responderá pelos danos causados por seus usuários, seja por ação, seja por omissão³⁹.

Não obstante a mera aparência da modificação das normas gerais de responsabilidade civil com o intuito de alcançar uma espécie de irresponsabilidade legal dos provedores intermediários, como já mencionado, o conceito não se mostra eficaz, uma vez que a regra geral, como dito, parte da ideia de suportação do dano por quem o sofre. Todavia, havendo conduta culpável, emerge a regra da responsabilidade subjetiva. De outra sorte, inexistindo liame entre a conduta do prestador e o dano causado a vítima, impossível cogitar a indenização.

Porém também não se pode olvidar que para os provedo-

³⁸ Coelho, Fabio Ulhoa. 2010.

³⁹ Art 15 do Dec Lei 07/2004.

res de internet a lei direciona deveres de conduta em vista da grande especificidade da rede. Uma vez descumpridos tem o condão de caracterizar a conduta culposa e ilícita, bem como, o nexo de causalidade, e nesse sentido, perfectibilizar o cabimento da compensação.

Sabe-se que a responsabilidade civil é a resposta esperada para reparar um dano causado pela violação de um dever preexistente, cujo principal objetivo é restabelecer o equilíbrio moral e patrimonial sofrido pela vítima⁴⁰.

A responsabilidade civil encontra guarida no conceito de culpa, *um juízo de censura*⁴¹ dos atos e posturas adotadas pelo homem inserido na sociedade e no uso de sua liberdade, seja no que se refere ao descumprimento de obrigação previamente ajustada (contratual, unilateral ou legal), seja naquilo que aponta a conduta ilícita (violação de direitos subjetivos alheios) ou ainda, de prática de atos lícitos que causam prejuízo a outrem.

01. A RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E A AQUILIANA.

Nesse sentido, responsabilidade civil aquiliana tem origem na violação dos deveres de respeito, intrinsecamente diversificados, podendo gravitar desde a inobservância de cuidado, de vigilância, de custódia etc. Quando sofrer um prejuízo causado por outrem o indivíduo tem o direito de exigir indenização daquele causador ou mesmo, embora tenha praticado ato reconhecidamente lícito, se o agente vier causar prejuízo a outrem. A aquiliana não tem origem no contrato, mas origina-se de ato ilícito ou de fato jurídico⁴².

De outro lado, o contrato busca garantir que as relações privadas sejam honradas e assim, assegura a circulação de ri-

⁴⁰ Gonçalves, Carlos Roberto; 2008.

⁴¹ Cordeiro, António Menezes. 2010.

⁴² Coelho, Fábio Ulhoa; 2010.

quezas, numa atenção direta à iniciativa privada; enquanto a responsabilidade civil atende a questão da imputação de danos⁴³.

Todavia, para alguns autores⁴⁴, é possível considerar a unidade do sistema da responsabilidade civil, em especial, é possível compreender a culpa como a lesão de direito alheio imputado ao agente, que pode nascer da obrigação ou da lei, muito embora não seja possível aplicar um único sistema para casos diferentes entre si.

Com efeito, as matérias suso mencionadas não cabem num mesmo patamar sistemático, uma vez que protegem direitos privados diversos e a disposição lógica da matéria trataria de emoldurá-las em categorias distintas.

Com efeito, a doutrina da responsabilidade civil surgiu em face do ato ilícito e da necessidade de suprimir o dano causado.

Em seguida, nos idos da revolução industrial e diante da grave repercussão dos acidentes de trabalho, havendo a necessidade social de transferir para o empregador a obrigação de reparar o dano por acidente de trabalho, mas evidenciada a larga dificuldade da prova de culpa, foi sendo construído o sistema da responsabilidade pelo risco da atividade.

Em vista de tal diversidade na sistematização da matéria, códigos vigentes como português e brasileiro tratam as duas formas de responsabilidade civil (aquiliana e contratual) em capítulos distintos, adequando a responsabilidade contratual no azo dos cumprimentos das obrigações e a responsabilidade aquiliana, em título próprio.

Embora diversos os sistemas, é de se reconhecer que as categorias de responsabilidade civil não se posicionam isoladamente, vez que ambas podem originar-se de um mesmo fato ou aplicar-se a uma delas o sistema que em regra se aplicaria a

⁴³ Cordeiro, Antônio Menezes; 2010.

⁴⁴ Dias, José de Aguiar; 1995.

outra, e.g., presunção de culpa em sede de responsabilidade civil aquiliana.

Em especial, pode-se classificar a responsabilidade civil como obrigacional ou extraobrigacional. Na responsabilidade contratual disposta no CCpt nos arts. 798 e seguintes e no CCBt nos arts. 475, os pressupostos limitam-se a existência de um contrato válido e a inexecução do mesmo, sem olvidar a extensão do dano e o nexo causal entre o prejuízo sofrido e a inexecução do contrato, quer isso dizer que havendo prévio acerto de um prestar, seu não cumprimento pode ser resolvido por indenização⁴⁵.

Noutro giro, a culpa⁴⁶ em sede de responsabilidade civil *corresponde ao ato voluntário que deveria ter sido diferente*⁴⁷, seja ele praticado intencionalmente ou não. A culpa é um juízo de censura, um comportamento rechaçado pela lei, sendo certo que a lei reprova o não cumprimento das obrigações se originado de conduta negligente, imperita, imprudente ou dolosa do devedor, mas como se sabe, na medida do valor do contrato e do desempenho dele esperado, sendo que sobre ele poderá incidir diferentes graus de diligência esperados no cumprimento da avença⁴⁸.

Por isso, considera-se que a culpa, seja ela supedânea da responsabilidade contratual ou aquiliana, supõe a existência de uma obrigação especial preexistente, sendo que a primeira como uma atuação ilícita circunscreve-se sob o manto do descumprimento dos deveres originados de norma legal. Em se

⁴⁵ Codeiro, António Menezes. Vol II. Tomo III. 2010.

⁴⁶ Para Cordeiro, o conceito de culpa permite: “dar dois passos: formular o juízo geral de legitimidade no despojar, alguém, de seus bens (ou, quiça, de todos) e entregá-los a outrem e decidir que merece sofrer esse tratamento e quem é o beneficiário. Trata-se de cobertura significativo-ideológica da responsabilidade civil a qual (...) permitiu atingir níveis ético-culturais para a responsabilidade para tomar a opção básica que ela é individual.

⁴⁷ Coelho, Fabio Ulhoa. 2010.

⁴⁸ Varella-Lima. 2011.

tratando de responsabilidade obrigacional, a norma nada mais é que o contrato e os deveres dele originados. A responsabilidade obrigacional, além do mais, não exige comprovação de culpa, por ser a mesma presumida ao não cumprimento daquilo que restou acordado, ou seja, se decompõe num espaço mais bem delineado que a culpa aquiliana na medida em que consiste na inexecução previsível e evitável do acordo, se funda na autonomia da vontade e acaba obedecendo às regras previstas aos contratos⁴⁹. Convém não olvidar, todavia, que a responsabilidade obrigacional não alcança danos não patrimoniais.

A tornar a prestação impossível por culpa, o devedor responde na forma da lei, ou seja, com presunção de culpa sua, recaindo sobre o mesmo o ônus da prova da sua falta de culpa, ou da inexistência de nexo de causalidade entre a sua conduta e o resultado danoso. Ao contrário, se comprovar que a impossibilidade não se deu por desídia, a obrigação se extingue, *ex vi* art. 790 do CCPT,

Atualmente, contudo, a obrigação é considerada uma relação complexa, incluindo-se nela o dever de prestar, os secundários e os acessórios, de forma que os danos oriundos do incumprimento de um contrato devem ser calculados tomando em consideração o próprio contrato como um sistema, sem olvidar de suas arestas, pois o devedor somente poderia vir a desobrigar-se da indenização se comprovasse o cumprimento ou justificasse o não cumprimento conforme a baliza legal, como se lê dos arts. 799 do CCPT e 389 do CCB, cujos escopos estipulam efetivamente a presunção de culpa e de ilicitude⁵⁰.

Noutro giro, o princípio da obrigatoriedade de cumprimento dos contratos exige a falta culposa do devedor, presumindo-se esta e fazendo recair sobre ele o ônus de comprovar uma anormalidade porventura afirmada em sede de ação judi-

⁴⁹ Dias, José de Aguiar. Vol II. 1995.

⁵⁰ Cordeiro, Antonio Meneses. Vol II. Tomo III. 2010.

cial de reparação de danos.

No padrão, a cogência dos contratos é palco de diversos fundamentos, notadamente, sobre ela funda-se o dever de veracidade, quando ao homem é imposto se manter firme diante dos compromissos pactuados para manter a palavra dada, elidindo a mentira⁵¹, ou mesmo, para sublimar apetites egoístas e manter o pacto social ou pela necessidade de não violar interesse alheio (teoria utilitarista). A definição da obrigação como *necessidade moral de praticar ou não praticar certos fatos* encontrava prevista no Código de Seabra, art. 2º. e sofreu graves críticas da doutrina, dentre elas, argumentou-se que as necessidades morais não exigem a presença do credor, alcançando meros deveres da boa sociedade que por vezes escapam mesmo ao direito. Assim, pondera vergastada doutrina⁵² que a obrigação exige a presença de vínculo jurídico, partes contraentes e a prestação.

A escola positivista, por sua vez, entende que a obrigatoriedade do cumprimento das obrigações decorre simplesmente da lei, essa corrente reputa obrigatoriedade como consequência direta da liberdade de contratar, entendimento esposado por Messineo⁵³.

No direito francês, a obrigatoriedade prevista no art. 1.134 dispõe que as convenções tem força de lei entre as partes celebrantes. Para Cunha Gonçalves a lei e o contrato são fontes das obrigações⁵⁴, sendo que pela liberdade de contratar as partes se vinculam obrigatoriamente naquilo que se comprometeram.

Todavia, havendo incumprimento da obrigação e fraturado o pacto firmado entre os contraentes, faz-se necessário estabelecer o regime aplicável, sem olvidar a questão de quem de-

⁵¹ Giorgio, Giorge; 1929.

⁵² Gonçalves, Luis da Cunha; 1951.

⁵³ Rizzardo, Arnaldo; 2006.

⁵⁴ Gonçalves, Luis da Cunha; 1951.

ve arcar com o prejuízo da falta, de forma que o sistema da responsabilidade civil se esmera na busca de responder com denodo os reclames da parte prejudicada.

A responsabilidade civil dos contratantes origina-se do não cumprimento dos deveres principais, secundários e acessórios da obrigação, impostos ou não pela lei.

Como bem pondera Menezes Cordeiro, *a responsabilidade contratual está ao serviço do valor "contrato", de que é um lógico prolongamento.*

O regime da responsabilidade civil contratual se encontra regulado no direito português por opção do legislador em zona geográfica específica capitulada pelo signo do *cumprimento e não cumprimento das obrigações*, em face de aspectos específicos ínsitos a esta divisão⁵⁵. Não obstante, o código tratou de mensurar o nexos de causalidade entre o fato e o dano, as formas de indenização e o cálculo dos valores no capítulo comum a ambos os regimes, nos arts. 562 e seguintes, estipulando um tratamento unitário a obrigação de indenizar.

O Direito Civil Português fixa a presunção da culpa do devedor na falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso da obrigação, *ex vi*, art. 799.1 e 2. Da mesma forma, quando a impossibilidade do cumprimento da obrigação tem origem na culpa do devedor, o CCPT remete ao regime do incumprimento, na forma prevista no art. 801.1. Mas com o brilhantismo de estilo, assevera o Professor Menezes Cordeiro⁵⁶ que *a semelhança reduz-se apenas ao regime, escapando às figuras*, uma vez que a impossibilidade é causa de extinção da prestação atingida, o que refuta a aplicação de normas próprias ao cumprimento.

Para distinguir o incumprimento da impossibilidade basta analisar o momento do cumprimento: Se a prestação ainda for possível, não obstante repudiada pelo devedor, trata-se de in-

⁵⁵ Varella, João de Matos Antunes; 2000.

⁵⁶ Codeiro, António Menezes; 2010.

cumprimento. Noutra giro, se naquele momento a prestação estiver fora do alcance do devedor, trata-se de impossibilidade de cumprimento. O regime encontra-se previsto no mesmo Codex.

Caso a impossibilidade tenha ocorrido por culpa do devedor, este se torna responsável pelo prejuízo causado ao credor, impondo-lhe a lei o regime do art. 801.1. c/c 798. Se a impossibilidade sobreveio sem culpa do devedor segue o regime do art. 790 c/c 799, extinguindo a obrigação, e em geral o prejuízo, nesse caso, recai sobre o devedor da obrigação impossível. Tal regime, nesse compasso, também institui a presunção de culpa do devedor e por isso deverá ele provar para se desonerar da obrigação de indenizar que não foi ator do fato que veio a tornar impossível a prestação, tendo observado os deveres de cuidado ínsitos ao contrato. Além disso, deverá comprovar que a prestação não ocorreu em área de risco exclusiva, e ainda, não ter ele mesmo assumido a garantia do resultado da prestação⁵⁷.

Uma vez comprovada ausência de culpa do devedor nos estritos padrões legais, e não havendo meios de cumprir a obrigação, diz-se que a mesma se tonou impossível por causa superveniente e o regime dispõe pela extinção da obrigação. Desta forma, o devedor fica dispensado do cumprimento, e diante da ausência de culpa, também fica exonerado da perda originada de caso fortuito, salvo se incurso em mora ou se tiver obrigado pelos prejuízos originados pelo fortuito⁵⁸. Na verdade, o regime da impossibilidade culposa, prevista no art. 801 do CCpt, adotada no típico contrato de depósito pelo art. 1.188 do mesmo Códex também consegue responder as vicissitudes dos casos concretos. A obrigação se extingue se a impossibilidade não resultou da conduta culposa do devedor, *ex vi* art. 790 do CCpt, tendo ele o ônus de comprovar a sua ausência de culpa.

⁵⁷ Codeiro, António Menezes; 2010.

⁵⁸ Gomes, Orlando. Atualizado por Brito, Edvaldo; 2007.

Ressalto, nesse âmbito, que o prejuízo decorrente da impossibilidade superveniente não imputável ao devedor é suportada, em geral, por ele mesmo, tal disposição de insigne importância tem origem na teoria dos riscos.

02. O CARÁTER REPARADOR E SANCIONATÓRIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

A reparação do dano reveste-se do caráter de sucedâneo, tendo em vista que o evento danoso interrompe o curso normal dos fatos, e o autor do ilícito deverá por meio do ressarcimento inaugurar outro estado de coisas que se aproxime o máximo possível da situação malograda segundo a conjectura da experiência humana e das leis de probabilidade, mas que teria se dado, caso o dano não tivesse interrompido. A reparação, portanto, poderá ocorrer de duas formas: de maneira específica ou por reparação em dinheiro.

O termo indenização é originado de *tomar indemne*, ou seja, *sem dano*, e leva em consideração a ação de ressarcir, além do efeito da indenização que é efetivamente suprimir o dano. Nesse particular, a obrigação de indenizar revela seu vínculo de estrutura formal creditícia, com origem nas relações obrigacionais e encontra suas balizas (dos valores a serem indenizados) no direito português junto a SEÇÃO VIII, arts. 562 *usque* 572, integrada ao Capítulo que versa sobre as modalidades das obrigações⁵⁹.

O próprio art. 562 determina que todos os danos imputados devem ser cobertos pelo valor da indenização, completando o art. 564.1. que a compensação, seja ela pecuniária ou não, deverá compreender não apenas o prejuízo causado, mas além disso, o que o lesado deixou de obter em consequência da lesão. No CCB^r similar é a previsão contida no art. 402. Portanto, regra geral nos direitos em tablado é que se dê a equivalên-

⁵⁹ Codeiro, António Menezes. Vol II. Tomo III. 2010.

cia do montante do dano imputado, havendo também regras de modelação do valor em face de fatores como a culpa, entre outros.

Porém, a responsabilidade civil aquiliana transcende a mera reparação do dano sofrido nos seus limites desde que a ofensa recaia sobre a *pessoa*. Semelhante ao escopo das obrigações, a responsabilidade delitual carrega em si mesma outro objetivo social, como seja, reúne os propósitos da retribuição do mal sofrido e prevenção das ofensas porque ao se colocar em causa valores morais, incluindo a pessoa, a família, a dignidade, a saúde, o bom nome, deverá a responsabilidade civil assumir o viés social e progressivo com o visio de punir, chegando também a precaver futuras condutas similares, hábeis a importunar de maneira exagerada o direito alheio⁶⁰.

Aspectos da função sancionatória no regime da responsabilidade civil portuguesa hodierna podem ser constados a ponto de reconhecer a prevalência do caráter reparador do dano e a excepcionalidade do aspecto repressor. Na visão de determinados autores, ao se graduar o valor da indenização tendo em vista o grau de culpa ou sua relevância, busca-se um meio de definir o montante em casos de responsabilidade conjunta ou ainda, consideram a irrelevância negativa da causa virtual ou hipotética suficiente para imprimir no conceito e no regime um viés preventivo⁶¹.

Portanto, ressalto que o alargamento e avanço da responsabilidade civil aquiliana, seja na reparação dos danos morais, seja na amplitude dos danos materiais em vista de alcançar a integralidade na reparação evidenciam o avanço de uma sociedade moderna e civilizada que repugna as ofensas praticadas contra seus membros, reconhecendo a cada um meio determinado para defender-se dos demais e a toda a coletividade a segurança de uma eficaz punição dos atos contrários ao direito.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Varela, João de Matos Antunes; 2000.

Nesse contexto, vale ressaltar que o direito também conta com técnica suficiente para elidir, de maneira linear, a instrumentalização da responsabilidade civil para os detestáveis fins econômicos, passíveis de descaracterizar seu verdadeiro escopo.

Noutro enfoque, a demanda da responsabilidade civil alargou-se sobremaneira em face do avanço tecnológico, de forma a exigir uma tutela diferenciada a pessoa conectada na web pelos danos ali sofridos, seja pelo caráter pulverizador da rede, seja em vista dos direitos da personalidade do homem, retribuindo o mal e/ou prevenindo ofensas, não obstante a tradicional natureza eminentemente ressarcitória da responsabilidade civil.

03. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

Noutro giro, ressalto mais uma vez a eminência do princípio geral da responsabilidade civil como sendo a suportação do risco, de forma que à vítima cabe a comprovação dos requisitos da responsabilidade civil imputada ao agente. A regra se observa claramente nas palavras de De Page: *“a irresponsabilidade é a regra, a responsabilidade, a exceção.”*⁶²

Todavia, a responsabilidade civil deve ser compreendida com esteio em determinados elementos, que a depender da tipologia da responsabilidade podem ou não se encontrar configurados.

Tais compostos nem sempre são passíveis de ser alinhados pela doutrina, seja porque alguns deles não se fazem evidentes em determinados casos, mas o seu exame completo se mostra habilitado a compreender o sistema da responsabilidade civil. O fato, a ilicitude, a culpa, o dano e a causalidade são requisitos de uma ação a ser reparada, em que o Estado, por meio do Poder Judiciário, intervém concretamente na órbita

⁶² Apud Dias, José de Aguiar; 1995.

patrimonial de um cidadão, com o enorme peso de transferir seus bens a outro, em patamares exatos de justiça⁶³.

Não é demais mencionar nesse contexto a dualidade de modelos em que esteve metida a responsabilidade civil, quero dizer, a intuitiva *faute*, capaz de abordar numa aplicação exegética do direito: o fato, a ilicitude e a culpa em uma só palavra, bem como o analítico sistema de responsabilidade civil imposto pelo BGB alemão que foi capaz de controlar e esquematizar esses conceitos. Passemos, portanto, ao exame dos requisitos conhecidos da responsabilidade civil, sem olvidar que o principal desafio da responsabilidade civil é a elaboração das normas de condutas, ou seja, a individualização dos comportamentos que os homens precisam observar no traquejo social.

03.01. O ATO HUMANO.

Como de costume, pinça-se a lição do Preclaro Professor Menezes Cordeiro, para concluir que alicerçado no dano e na veia teórica da sua imputação, seja ela delitual, pelo risco ou sacrifício, é que se realiza o sistema da responsabilidade civil⁶⁴. Portanto, o fato delituoso é considerado como a conduta causadora da imputação e essa, como sendo a proveniente de uma pessoa (não simplesmente da natureza), controlável pela vontade ou redunde numa omissão⁶⁵.

Pode-se concluir, nesse sentido, que a pessoa interfere diretamente em dois aspectos primordiais da ação: a opção pelo que pretende realizar e os meios que entende oportuno em vista do fim escolhido, mas o fim pretendido também poderá ser alcançado por meio de uma omissão. Todavia, a omissão só

⁶³ De acordo com o Catecismo da Igreja Católica, a Justiça Social é considerada como a realização das condições que permitam às associações humanas e a cada membro da sociedade receber o que lhes cabe de acordo com a sua natureza e vocação.

⁶⁴ Cordeiro, António Menezes. Vol II. Tomo III. 2010.

⁶⁵ Varela, João de Matos Antunes. 2.000.

importa ao direito quando exista um dever prévio de atuação, como se pode aferir da previsão contida no CCPT art. 486.

Na verdade, porém, resvalam para longe da finalidade da ação realizada pelo causador do dano dois aspectos fundamentais e recorrentes: a negligência, quando o bem protegido é atingido pela inobservância de deveres de cautela exigíveis, a culpa *stricto sensu* definida por SAVIGNY como “*a falta de esforço exigido pela norma*”, e ainda, aqueles deveres gerais de cuidado, segurança, informação e lealdade incidentes sobre quem tenha o domínio do fato⁶⁶.

Em busca de um termo capaz de definir as condutas humanas, positivas ou omissivas é que se deve abandonar a palavra “*ação*” para aprofundar o sentido do “*fato*” e relevar de uma só vez o finalismo como sede da responsabilidade civil para valorar de maneira sistemática a postura do agente causador do dano, devendo o fato ser observado sob o prisma da conduta e/ou do resultado, a depender do caso concreto.

03.02. A ILICITUDE.

O ato humano que enseja responsabilização é aquele violador de um direito subjetivo de outrem ou de uma norma de conduta destinada a proteger interesses alheios e causador de perda ao destinatário da norma.

O direito subjetivo de uma pessoa implica em limites para os demais membros sociais, devendo respeito a bitolas, a pessoa também recebe a correlata deferência garantida pelo Estado, o que se traduz, em perspectiva, a supremacia do Estado de Direito.

Quanto ao que se refere à norma de proteção, essas são impassíveis de originar-se por completo de uma lei propriamente dita, pois se encontram diluídas no sistema. Todavia, emergem de elaboração jurídica, a partir dos casos que venham

⁶⁶ Cordeiro. Tomo III. 2010.

apresentar-se, podendo também estar previstas em lei. Por assim dizer, os interesses protegidos por tais normas de conduta são autênticas vantagens protegidas pelo sistema do direito e que sua violação é capaz de gerar dano, podendo-se pinçar alguns exemplos concretos, tais como as regras de direito de vizinhança ou mesmo as condutas exigidas pelos condutores de veículos para a proteção da vida e da segurança do trânsito.

É possível, ainda, vislumbrar elementos subjetivos na conduta ilícita, não sendo ela unicamente objetiva, transcendendo a mera ofensa à norma típica. A ilicitude alcança os elementos necessários para a perfeita compreensão da conduta humana. Nesse sentido, atravessar um sinal de trânsito vermelho é capaz de se revestir de tentativa de fuga de policiais, ou de suicídio; um ato desatento ou a tentativa de atropelar um desafeto, de forma que o caráter ilícito da norma é relacionado ao comportamento humano e/ou ao respectivo resultado, o que exige a aferição, ainda que simultânea e imperceptível, dos elementos subjetivos da ilicitude⁶⁷.

03.03. DANO.

Imprescindível para a caracterização da responsabilidade civil o dano nada mais é que o prejuízo, material ou moral sofrido pela vítima. Se o menor dirigiu pela contramão, atravessou o sinal vermelho, mas não abalroou ou atropelou, não causou prejuízo, inexistente responsabilidade civil, pois mesmo tendo havido o ato ilícito (menor de idade dirigindo, pela contramão e atravessando o sinal vermelho), nada ocorreu em sua consequência. Para Antunes Varella, “*O dano é a perda in natura que o lesado sofreu, em consequência de certo fato, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar*”⁶⁸.” Cordeiro, não obstante,

⁶⁷ Cordeiro. Tomo III. 2010.

⁶⁸ Varella, João de Matos Antunes. 2000.

sintetiza: “*O dano é a supressão ou a diminuição de uma qualquer vantagem tutelada pelo direito*”⁶⁹”.

Impende também realçar nesse patamar as ideias sobre o valor geral e valor afetivo que podem ser atingidos pelas indenizações e assim melhor compreender a valoração do interesse do credor. O primeiro remete o valor de troca que existe para qualquer pessoa que venha a ter o bem e difere do interesse afetivo porque esse é o valor determinado pelas circunstâncias e relações, habitando aí um valor subjetivo, enquanto no valor ordinário ou geral se identifica tão somente um conceito puramente objetivo.

Portanto, quanto ao valor ordinário de um bem esse abrange o valor dos danos emergentes, aqueles danos incidentes sobre o patrimônio atual, bem como, os lucros cessantes como aquela perda incidente sobre o patrimônio futuro, o qual depende de comprovação efetiva das circunstâncias capazes de configurar. Nesse contexto, o bem materialmente considerado deverá ser integralmente ressarcido.

Cabível, de outro lado, a compensação pela dor moral. Vejamos no caso de acidente de veículo cotejando a dor sofrida com a morte de um ente da família ou pela inutilização de um membro pela negligência do motorista distraído. Nesse pavimento encontra-se o constrangimento, o abalo emocional e perda psicológica em virtude da ofensa ao dever de conduta (atenção à sinalização no trânsito), devendo integrar a indenização valores que pretendam compensar tamanhos desgastes.

Além disso, cabe observar que o dano real remete àquele efetivamente sofrido, em sua órbita material ou moral e o dano de cálculo, transita na sua expressão pecuniária.

Para arrematar, realço a tendência mundial de magreza dos danos efetivamente compensados, os danos de cálculo, por vezes justificada em face da instrumentalização econômica do instituto, argumento falível, uma vez que o próprio Código

⁶⁹ Cordeiro. Tomo III. 2010.

Civil Português em seu art. 496.1, fixa o patamar da retribuição extrapatrimonial com esteio na gravidade do dano sofrido.

03.04. A CAUSALIDADE.

Mas danos há que embora originados do fato ilícito não ensejam a responsabilidade do agente. É que uma vez ausente o nexos de causalidade adequando o fato ao dano dele originado, e.g., “A” ingenuamente e para brincar, desconhecendo que “B” era cardíaco, pega de surpresa “B” que tem um ataque do coração e morre; não há obrigação de indenizar. Portanto, exime de responsabilidade a ausência de lógica vinculativa entre o fato humano em causa e o próprio dano considerado.

Sobre o nexos causal, impende apontar a teoria da causalidade adequada, que no dizer de ALMEIDA COSTA, “*É necessário, portanto, não só que o fato tenha sido em concreto condição sine qua non do dano, mas também que constitua, em abstrato, segundo o curso normal das coisas, causa adequada a sua produção.*”, de forma que se mostra impassível de responder pela morte o acionador de lesão corporal leve se o veículo condutor da vítima ao hospital vier explodir.

Noutro giro, como causas de exclusão da causalidade entre o fato e o dano, posicionam-se o caso fortuito e a força maior. Ambientam-se no seio do regime da responsabilidade civil como excludentes do nexos de causalidade e ocorrem quando à causa do dano não pode ser imputada a conduta do acionado, tendo sido originada de fato da natureza ou fato humano aquém das partes. A doutrina tergiversa ainda sobre a existência de diferença entre as expressões (caso fortuito e força maior), e embora a lei brasileira não faça distinção, vide art. 393 do CCB, parte da doutrina brasileira considera o caso fortuito como o fato ou ato estranho a vontade das partes (greve, guerra) e força maior se destina conceituar os fenômenos naturais (raio, tempestade). Agostinho Alvim, por sua vez, entende o

caso fortuito como um impedimento relacionado a pessoa do devedor ou a sua empresa e a força maior, um acontecimento externo. Já Nelson Rosendal entende o fortuito externo, também compreendido como força maior, o dano originado de evento externo a atividade do depositário e de força inevitável, tais como uma inundação, tsunami etc.

Diz o Hamid Charaf Jr, na mesma obra organizada pelo Min. César Peluso, que a característica mais importante do caso fortuito é a inevitabilidade, ou seja, impossibilidade de ser evitada pela atuação humana, devendo, nesse sentido, obedecer aos seguintes requisitos: Fato necessário sem culpa do devedor, fato superveniente e inevitável e fato irresistível. Considera o fortuito como forma excludente do nexo de causalidade, porque entende que o dano foi causado pelo imponderável, motivo pelo qual exonera o devedor de responsabilidade por ausência de nexo entre a conduta do depositário e o dano causado ao depositante.

O caso fortuito ou de força maior se verificam na ocorrência de um fato inevitável, capaz de ultrapassar as forças humanas em previsão e elisão, pelo qual as instituições jurídicas devem reconhecer sua supremacia e ceder, sendo certo que é ao devedor que cabe a prova de sua existência, ou seja, a inexistência de nexo de causalidade entre o imprevisto e o não cumprimento da obrigação.

O caso fortuito e a força maior dissolvem o nexo de causalidade entre a conduta do devedor e o prejuízo causado, da mesma forma que a impossibilidade de cumprimento superveniente, objetiva e absoluta fulminam a culpa do devedor pelo seu não cumprimento⁷⁰.

Atualmente no Brasil a doutrina do caso fortuito e da força maior é amplamente utilizada sem qualquer objeção, sendo mesmo possível vislumbrar a preponderância de outra doutrina a ela contraposta denominada de *fortuito interno*, que se insere

⁷⁰ Varela-Lima, 2011.

nos casos em que a ocorrência de problemas técnicos não é considerada hipótese de caso fortuito ou de força maior, mas sim fato inerente aos próprios riscos de determinadas atividades empresariais, de forma a tratar o risco assumido pelo fornecedor como obrigação de resultado prometido ao consumidor. Aqui não mora crítica contra a doutrina do *fortuito interno* individualmente considerada e de seu acolhimento quando pacificada na Corte do STJ em casos específicos como o de transporte de passageiros, ou mesmo, contra as instituições financeiras na abertura de conta corrente e fornecimento de talões de cheque mediante fraude, na defesa do consumidor.

03.05. A CULPA.

Como dito, a noção de culpa advém do caráter censurável de uma conduta, cujo agente poderia ter agido de outro modo. Deveras, o substrato da culpa é a noção do dever, o elemento moral, ou seja, a relação estreita entre a *psique* do agente causador do dano e o ato lesivo. Portanto, se o agente provocou um dano sua ação certamente foi movida pela vontade, podendo essa oscilar entre a vontade de causar o dano ou não, nos casos de negligência, quando o agente pretende unicamente o ato e não prevê o resultado.

Alguma doutrina também compreende a culpa como o aspecto subjetivo da ilicitude. Diz José de Aguiar Dias que “*A culpa, genericamente entendida, é, pois, fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável.*” Porém, no pavimento próprio da ilicitude foi possível esclarecer que a ilicitude apresenta um aspecto subjetivo próprio, que escapa ao juízo de censura. Todavia, configurada a culpa pode ela causar ou não prejuízo, de forma que o causando, o resultado interessa a responsabilidade civil.

Savatier reconhece a culpa na esteira da doutrina francesa da *faute*: “*A culpa (faute) é a inexecução de um dever que o*

agente podia conhecer e observar.” Para outros franceses a culpa dispensa a noção de dever, de forma que o duplo sentido da expressão *faute*, oscilando entre culpa e ilicitude, se mostra bem evidenciada nessa doutrina. Já os alemães compreendem a culpa como fenômeno exclusivamente moral, abrangendo os aspectos de dolo e culpa, utilizando, para a configuração desta última o critério do *bonus pater familias*, sendo a culpa, nesse sentido, a indolência na observância da norma de conduta⁷¹.

O Código Civil Português prevê em seu art. 483 o princípio geral da responsabilidade civil, bem como, no Brasil, se prevê no art. 186 do CCB. Ambos se arrimam na censura do ato ilícito para configurar a culpa do agente a partir do caso concreto e da possibilidade do agente medir a situação, coroando o aspecto psicológico, aquele liame entre a vontade *lato senso* e o fato praticado⁷².

O direito lusitano e o brasileiro confluem no sentido de considerar a vontade como o elemento subjetivo do ato, aquilo que a moveu, sendo o psicológico do homem que a produziu o impulso causal do seu comportamento⁷³, de forma que esse pode querer em vários níveis e nem sempre o resultado será o desejado, mas haverá vontade ainda que mínima se o ato for impulsionado por um querer íntimo do agente. Se colocam de fora os atos reflexos, os casos de sonambulismo e hipnose, ou aqueles realizados sob coação irresistível, pela ausência de qualquer lampejo de vontade do agente hábil a produzir o ato lesivo.

A conduta voluntária do agente ocorre nos casos de dolo ou culpa no sentido estrito. Naquele o agente vislumbra e até mesmo deseja o resultado danoso e por isso, diz Carlos Roberto Gonçalves, que a conduta nasce ilícita, vez que a vontade se

⁷¹ Dias, José de Aguiar. Vol I. 1995.

⁷² Varela, João de Matos Antunes Varela. 2000.

⁷³ Filho, Sérgio Cavalieri. 2012.

dirige a concretização de um resultado antijurídico⁷⁴. Já na culpa *strictu sensu* o juízo de desvalor incide apenas sobre a conduta, ilícita apenas pelo prejuízo causado, ou seja, pelo seu resultado. Nesse sentido, como bem ressalta Cordeiro, a linha tênue entra a conduta e o resultado danoso nos mais diversos casos concretos não permitem uma construção exata e dogmática a distinguir os termos.

É possível, outrossim, que o tamanho da culpa venha influenciar o valor da indenização, porém, não se deve olvidar que a regra geral é que o grau de culpa não interfira no *quantum* da indenização, vez que ordinariamente a natureza da responsabilidade civil é essencialmente reparadora, e assim, a indenização deve ser dar proporcionalmente ao prejuízo sofrido pela vítima.

Todavia, o alargamento das indenizações e a amplitude horizontal alcançada pelos danos extrapatrimoniais flexibilizam tal afirmativa de forma que se tem dado relevo a culpa na hora de aferir danos. O desenvolvimento tecnológico é ambiente propício para as agressões dos valores morais, havendo que o direito civil facilitar efetivamente a reparação dos danos sofridos pela vítima nesta órbita, mas não se deve confundir a conversão em moeda de um valor extrapatrimonial a ser ressarcido em sede de danos morais e a sua ampliação pelo grau de culpa. Deverá, antes, o dano monetário alcançar com eficácia o dano real incidindo sobre o agente pontualmente identificado, para assim possibilitar autêntica justiça em âmbito virtual. Porém, naquele sentido, a alteração legal brasileira adveio com a introdução no Código Reale pelo art. 944, parágrafo único, permitindo a redução da indenização de acordo com o grau de culpa.

Nessa época, pelo Mundo já se desenhava com força a busca por ampliar a indenidade. Para compensar o maior número de lesões, aligeirando os pressupostos da responsabilidade

⁷⁴ Gonçalves, José Roberto. 2011.

civil e facilitando a prova, ou ainda, reforçando as restituições, foram sendo modelados caminhos doutrinários para facilitar o acesso da vítima a reparação que faça *jus*. De fato, sendo elemento essencial da culpa *stricto sensu*, a vontade do agente, ou seja, o liame entre a psique e o ato lesivo, não poucas vezes se mostrava excessivamente penoso a comprovação da culpa aquiliana. Em determinados casos, a evidência da culpa podia mesmo ser considerada *culpa in re ipsa*, ou seja, a culpa claramente originada do fato danoso.

Deveras, a culpa em determinados casos acabou por ser reconhecida pela lei como existente, a dispensar comprovação. Numa palavra: o ônus de provar a culpa do causador do dano não era mais obrigação da vítima, mas fixou-se como presumida, de forma que o agente causador é que deveria comparecer aos autos para elidir a presunção, demonstrando sua não culpa em vista do caso fortuito ou de outras excludentes.

Convém salientar que a presunção de culpa em nada se afasta do instituto da responsabilidade civil subjetiva, cuja imposição exige a constatação de culpa na ação do agente, já que encontra espaço para discutir amplamente a culpa, na medida em que se entrega ao suposto lesante a oportunidade de comprovar não ter agido com culpa. Apenas a presunção incutiu no sistema da responsabilidade subjetiva uma vantagem para a vítima, em determinados casos expressos na lei, a vítima é favorecida pela inversão do ônus de provar a culpa. Importa salientar a nomeada *culpa contra a legalidade*, mencionada por Cavalieri como aquela cujo dever violado resulta de lei ou regulamento, exemplo de presunção de culpa. Aduz o autor que “*A inobservância de regra de tráfego, quando se erige como fator determinante do evento, caracteriza o que se convencionou denominar de culpa contra a legalidade*”⁷⁵.

O direito português já apontava nesse sentido pela previsão 342, I c/c 487 do Código Civil, ao tratar da responsabilidade

⁷⁵ Filho, Sergio Cavalieri. 2012.

de civil delitual, o qual exigia do autor a comprovação do direito alegado, incumbindo o lesado de provar a culpa do agente causador do dano, salvo nos casos expressos em lei, cuja legislação imprimisse determinada presunção, invertendo, destarte, o ônus da prova da culpa para impingir ao causador do dano o ônus de comprovar a existência de causas de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, cumprimento do dever legal ou de ordem legítima de autoridade e o consentimento do titular do interesse lesado), ou de concurso de imputações (culpa concorrente, culpa de terceiro ou culpa exclusiva da vítima) ou ainda, comprovar a incidência de caso fortuito. Realmente, o CC Português elenca casos que a lei reputa ao lesante a prova da exclusão de sua culpa, *e.g.*, as pessoas obrigadas a vigilância de outrem, os danos causados por edifícios ou por obras, por coisas, animais ou atividades perigosas, entre outros.

De outro lado e ao contrário, se diria que a regra geral para a responsabilidade contratual imputa ao devedor a culpa pela infração ao contrato, de forma que só excepcionalmente poderá comprovar que não agiu com culpa⁷⁶.

04. A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E A CULPA PRESUMIDA.

O art. 927 do CCB⁷⁷, na parte final do seu parágrafo único prevê cláusula geral de responsabilidade objetiva. A teoria foi inspirada em razões éticas e morais, a doutrina do risco busca facilitar a prova da culpa contra quem se beneficia com atividade de risco inerente, em atenção a preceitos de justiça⁷⁸.

⁷⁶ Varela, João de Matos Antunes. 2000.

⁷⁷ CCB art. 927, §único – “Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

⁷⁸ Lyra, Afrânio. 1979.

Todavia, na sociedade hodierna, não poucas atividades humanas representam determinado patamar de perigo aos concidadãos, exigindo dessa cláusula um contorno preciso e definido, a fim de elidir extensão interpretativa indesejada ao instituto.

O risco profissional procede das leis do infortúnio, precisamente nasceu no âmbito do liberalismo exagerado quando o operário exausto e acostumado com o perigo, descuidado das cautelas mínimas necessárias, vai-se alijado do direito a indenização em face da dificuldade de comprovar e aferir efetivamente culpa do empregador. Daí se evidenciava também outra dificuldade, a prova testemunhal, que de regra redundava no depoimento de operários constrangidos em depor contra o seu empregador. Nesse sentido, a concorrência desatinada da época e a mão de obra de baixo custo, bem como, a miséria da população, favoreciam o quadro cujas consequências para as famílias de operários eram comoventes.

Como resposta, delineou-se no direito brasileiro e em diversas outras legislações, inclusive na Pátria Mãe Portugal, a responsabilidade objetiva ou legal.

Mais preambularmente na Alemanha surgiu como resposta a industrialização a lei Prussiana dos Caminhos de Ferro, tendo sido esse dispositivo legal o inaugural a prever a responsabilidade sem culpa⁷⁹. Na França e Bélgica pelo esforço dos juristas SAUZET E SAINCTELETTE que vieram a estabelecer a culpa como brocardo do dever de zelo pela integridade física dos empregados e desta forma, esteou-se a responsabilidade objetiva na órbita do direito contratual, uma espécie de presunção de culpa, afastada apenas excepcionalmente e nos casos de comprovado caso fortuito ou força maior.

Todavia, somente após é que adveio a teoria da responsabilidade objetiva cujo intuito foi de dispensar o erro, tomando por arrimo unicamente o fato material em si considerado, o acidente de trabalho. Uma vez provado o infortúnio laboral a

⁷⁹ Cordeiro, António Menezes. Vol II. Tomo III. 2010.

lei imputava ao empregador a responsabilidade de indenizar, considerado ele como beneficiário do lucro e proprietário das máquinas causadoras do acidente, deve repor o mal causado aos seus subalternos. Nasce, nesse contexto, o risco profissional como aquele adstrito a certa atividade profissional, abstraindo, todavia, a culpa do empregador. Por outro lado, porém, a indenização pelo risco profissional em vias de acidente de trabalho é tarifada e obedece a determinado patamar econômico. Assim, ganha-se e perde-se ao mesmo tempo e ambas as partes, a medida em que ao empregado é garantida determinada compensação pelo acidente de trabalho, mas por outro, o valor se encontra limitado também pela lei⁸⁰.

Entre nós brasileiros, a previsão de expressa positivação da teoria do risco criado pela atividade de risco se deu no estudo e dedicado trabalho intelectual perfilhado pelo Ilustre Professor Caio Mario da Silva Pereira. Nesse sentido, a atividade de risco foi examinada sob o aspecto do conceito inicial de *atividade* como um serviço normalmente realizado em conjunto, de maneira reiterada e habitual, organizada profissionalmente com objetivo de obter lucro, ou seja, se trata da prestação de um serviço.

Por conseguinte, a natureza da atividade de risco, segundo a teoria da responsabilidade objetiva deverá, de acordo com a lei, ser apta a gerar risco e essa aptidão resolve-se ao observar na origem atividade desenvolvida o resultado plausível de danos, cuja acentuada potencialidade lesiva é capaz de classificar a atividade de perigosa, tal como a atividade que explora produtos explosivos, entre outras.

Realço, nesse particular que a prestação de serviço em geral também restou expressamente disposta no âmbito e para todos os fins do Código de Defesa do Consumidor, art. 3º, §2º.^{81/82}. Todavia, a disposição contida mesmo *Codex*, art. 14,

⁸⁰ Monteiro, Washington de Barros. 1972.

⁸¹ Filho, Sergio Cavalieri. 2012.

cuja previsão assenta-se na existência de defeito da prestação de serviço, exige a comprovação de pelo menos um equívoco da parte do prestador de serviços para configurar a responsabilidade civil, cabendo ao devedor, também por expressão legal (§§2º. e 3º. do art. 14 da lei 8.078/90), não ser considerado defeituoso o serviço pela adoção de novas técnicas, podendo provar que o defeito no serviço inexistiu e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Observa-se, no ensejo, que a tal responsabilidade objetiva derrama-se também no âmbito delitual, onde se exige culpa para traçar o dever de indenizar, vez que baseada em duas vertentes para expungir a necessidade de comprovação de culpa: *na justiça distributiva e na ilicitude imperfeita*. Pela justiça distributiva compreende-se que o risco vincula-se a vantagem, de forma que o beneficiário do labor alheio ou aquele originado pelo rendimento auferido de atividade perigosa por sua natureza deverão responder pelos danos causados em tais ações⁸³. Por outro lado, a ilicitude imperfeita denota-se um objetivo do Direito: que não aconteçam danos de nenhuma forma. Mas como esses são inerentes à fragilidade humana, em vista de alcançar a perfeição do dever-ser, embora se saiba impossível a nossa realidade, na busca de aperfeiçoar cada vez mais e reduzir os resultados danosos, no caminho do melhor e do avanço social, impõe-se a responsabilidade objetiva como meio de se alcançar a plena adoção das medidas de segurança.

A justiça distributiva por meio de seguro pode ser vis-

⁸² Art.3º. da lei 8.78/90 – ‘Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.’ (...) §2º. “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

⁸³ Cordeiro, António Menezes. Vol II. Tomo III. 2010.

lumbrada em determinados etores também em Portugal, cujos acidentes de trânsito são diluídos pelos seguros obrigatórios. Almeja-se, contudo, a ampliação da indenizabilidade, como seja, a elaboração, interpretação e aplicação das normas de responsabilidade civil com a finalidade de facilitar à vítima a reparação.

Todavia, o estado mutualista ainda não se consegue vislumbrar em absoluto, apesar da experiência neozelandeza que criou em 1974 um sistema para reparar qualquer acidente, para além dos acidentes de trabalho e de trânsito. Mas, como visto neste relatório, a vida em sociedade exige que um mínimo de absorção dos prejuízos⁸⁴.

Sobre isso cabe ressaltar que a responsabilidade objetiva em sua maioria é coberta por sistema de seguro, local de ampla socialização de risco, sistema desenvolvido com evidente amplitude, capaz de fazer recair artificialmente e sobre a sociedade (segurados), o peso da responsabilidade civil.

Portanto, a atividade de risco que se refere a regra geral do art. 927, §único do CCB^r é a que viabiliza a socialização de custos nos casos previstos em lei, em especial se pode mencionar o Código de Defesa do Consumidor, de forma que o empresário aqui considerado responde por acidentes de consumo porque estão previstos no organograma legal e assim tem previsibilidade suficiente para inserir no preço global da mercadoria ou do serviço prestado uma parcela em vista de socializar o risco do empreendimento. Ao largo de previsão legal, portanto, não se devem socializar riscos, em atenção à segurança jurídica e do sistema econômico pontualmente considerado.

Noutra órbita, a diferença entre a culpa presumida e a responsabilidade civil objetiva é altíssima, uma vez que na culpa presumida mostra-se possível a comprovação da inexistência de culpa, porquanto apenas se faz inverter o ônus da prova, ao passo que na responsabilidade civil objetiva é dispensada a

⁸⁴ Coelho, Fabio Ulhoa. 2010.

própria existência de culpa, de forma a manietar a contraparte da prova de que não agiu desidiosamente, forjando uma responsabilidade a margem da culpa. A teoria por tão obtusa e gravosa deve ser, como dito, aplicada dentro da legalidade estrita, não admitindo interpretações elásticas. Tanto é assim que o CCpt dispõe pontualmente sobre as exceções ao sistema da culpa, inteligência dos arts. 487 e 499 do mencionado Codex, bem assim, o *caput* do art. 927 do CCB^r e parte inicial do seu parágrafo único. Na visão do Professor Meneses Cordeiro, a responsabilidade pelo risco *trata-se de uma figura delicada*, porque não exige a prova da culpa, aliás, prescinde da culpa em si mesmo considerada, seja para distinguir a pessoa que deve arcar com a indenização, seja em vista do caráter ideológico da culpa⁸⁵.

Entre os portugueses, como dito, reina o princípio geral contido no art. 499 do CCpt emoldurado pelas previsões expressas e pontuais de responsabilidade objetiva, como é o caso da responsabilidade do comitente (500), do Estado e de outras pessoas coletivas públicas (501), causados por animais (502), por acidentes de viação (503 a 508) e causados por instalações de energia elétrica (509 e 510), havendo legislação extravagante com previsão de responsabilidade civil objetiva, e.g., Dec-Lei 383/89, Lei 67/2007, Dec-Lei 147/2008 e Lei 98/2009.

Por outro lado, impende salientar que embora o princípio da boa fé contratual não se confunda com a culpa em si mesmo considerada, nem com a diligência, ressalto que aquele que deixa de cumprir os deveres de conduta prévios estipulados age com culpa na sua ação ou omissão, podendo gravitar em torno da negligência, imprudência ou imperícia. A responsabilidade civil relaciona-se diretamente com o princípio da boa fé e proteção da confiança que dela se extrai, bem como, atua em harmonia com os deveres acessórios de segurança, informação e lealdade próprios ao sistema.

⁸⁵ Cordeiro, António Meneses. Vol II. Tomo III. 2010.

CAPÍTULO 4 – OS DEVERES DE SEGURANÇA, INFORMAÇÃO E LEALDADE.

Os provedores de serviço de internet no trato de suas atividades precisam observar com especial cuidado as normas atinentes à segurança do usuário e lealdade nas relações estabelecidas em rede. Um dos meios encontrados para a garantia da segurança dos usuários é exatamente manter determinadas informações por um espaço de tempo, o que vem a romper, se necessário e legal, o anonimato ontológico da rede.

Além disso, o provedor concretiza o dever de lealdade em que está inserido colaborando para a boa utilização da Internet, e nesse sentido lhe é exigido a participação efetiva no combate a criminalidade virtual, como seja, deve informar de imediato quando tiver conhecimento de atividades ilícitas que se desenvolvam por via dos serviços que prestam; devem satisfazer os pedidos de identificar os destinatários dos serviços com quem tenha acordos de armazenagem, devem cumprir prontamente as determinações destinadas a prevenir ou por termo a uma infração, devem fornecer lista dos titulares dos sítios que albergam, quando lhe forem solicitadas⁸⁶.

Nesse sentido, gravitam em torno do provedor de internet ao lado da já mencionada ausência de controle prévio de informações, deveres de conduta, hábeis a auxiliar na redução da criminalidade cibernética e ainda, a realizar a identificação do sujeito ativo e da extensão do dano sofrido em sede de responsabilidade civil.

Noutro giro, de acordo com o Direito Português, os provedores intermediários apenas podem ser beneficiados pela regra da não responsabilização pela ausência de fiscalização prévia dos conteúdos veiculados se obedecerem a determinados deveres de conduta, tais como, proceder segundo as regras do

⁸⁶ Diretiva 2000/31/CE art. 15.2 c/c art. 13.

setor na utilização da informação e no uso da tecnologia, quando podem responder por responsabilidade civil subjetiva por ação⁸⁷. Da mesma forma, respondem por omissão se ao tomar conhecimento de ordem dirigida ao prestador que está na origem da informação e não tomar providência para retirar ou impossibilitar o acesso à informação em seu sítio⁸⁸. Além disso, podem responder os provedores intermediários de armazenagem principal e associação de conteúdos se tomarem conhecimento da atividade ou informação cuja ilicitude seja manifesta, mas se omitirem de retirar ou impossibilitar imediatamente o acesso, cabendo apenas a prova da ciência da informação ao lesado⁸⁹.

Portanto, tais exemplos são capazes de fazer incutir no leitor a ideia de que a atividade dos prestadores de serviço de internet não se mostra absolutamente livre de responder civilmente pelos atos danosos causados pelos seus usuários, devendo tais prestadores se comportar segundo determinadas regras de conduta para saírem ilesos dos atos ilícitos realizados por meios dos sítios que colocam no ar. Assim, devem os prestadores se portar de acordo com os deveres de proteção, passíveis de serem concretizados nas políticas de segurança da rede, além de dever prestar informações as autoridades jurídicas e administrativas competentes e agir com lealdade, sem contradição.

01. A SEGURANÇA.

Deverá o provedor de internet responsabilizar-se pela segurança dos acessos por ele viabilizados na medida em que tem a obrigação prévia de entregar o padrão médio da tecnologia usual, não se tratando de obrigação meramente contratual. Uma

⁸⁷ Dec Lei 07/2004, art. 15.2

⁸⁸ Dec Lei 07/2004, art. 15.3.

⁸⁹ Dec lei 07/2004, art. 16.

vez observado que pelo caráter obsoleto da tecnologia, determinado servidor viabilizou, ainda que por culpa, o dano a um internauta, apesar da dificuldade da prova, em tese, há responsabilidade civil a ser indenizada. Isso porque o dever de segurança inerente à entrega de um padrão médio de tecnologia deve margear por completo o exame do direito tecnológico.

Nesse sentido também, se no uso da tecnologia o servidor manipula os dados para obter informação que não lhe cabe, como verbera a lei Portuguesa, art. 15.2.b.

Trata-se de um padrão de comportamento a ser esperado do servidor por toda a coletividade, que não deverá ser frustrado sob pena do mesmo incorrer na reparação do prejuízo causado por sua invasão, seja ela ativa ou omissiva.

As medidas técnicas de prevenção e segurança, tal como o uso de filtros, antivírus, controlador de *hackeres*, podem ser consideradas um verdadeiro gargalo da atividade ilícita a qual os provedores não se devem distanciar. Observo, portanto, que a iniciativa de implementar os sinais de proteção e prevenção devem estigmatizar positivamente os provedores para que sua atividade comercial seja reconhecida como preventiva no traquejo da tecnologia, podendo reservar-se aos mais bem sucedidos nesse aspecto selos de segurança, reconhecendo publicamente sua atividade límpida e tecnologicamente avançada.

Portanto, a segurança virtual atinge três níveis diferenciados, na medida em que busca prevenir os danos causados em computadores: as medidas de segurança para os petrechos físicos, ao *software* e à organização.

Sabendo-se que aos provedores de internet cabe também no trato da atividade lucrativa exercida envidar os esforços na redução dos custos, este não pode olvidar, por isso, a necessária e constante elisão dos riscos previsíveis, a fim de suprir as lacunas existentes em seus sistemas físicos e operacionais. A própria evolução tecnológica deve ser incansável na busca de soluções dos problemas que ela mesma desencadeia e encontrar

soluções é um objetivo constante, apesar de inalcançável, pela intensa transformação tecnológica na qual estamos todos inseridos⁹⁰.

Diante desse paradoxo, constantemente faz-se necessário o labor da perícia técnica nos processos que envolvam responsabilidade civil por danos causados na omissão do dever de cuidado e segurança a serem oferecidos por provedores de internet.

Então, cabe aos prestadores de serviço, ainda que intermediários, conduzir-se mediante determinado padrão ético, segundo os deveres de proteção, tendo em vista que o usuário se aproxima da internet munido de certo grau de confiança. Essa convicção é que o permite ingressar no mundo virtual. Nesse sentido, o utente adere ao pensamento de que não será prejudicado ao se aventurar na rede mundial e assim, confia até certo ponto nesse pensamento. A confiança, base da doutrina da boa-fé orquestrada pelo Insigne Professor Menezes Cordeiro na parceria intelectual com António Manuel da Rocha, também se encontra na base das relações entre o utente e os provedores de serviço de internet, na medida em que se exige do provedor de internet que atue dentro dos padrões da boa fé objetiva, assumindo, portanto, uma postura coletiva positiva⁹¹. Porém, sabe-se que a expectativa tangente ao direito não merece resguardo⁹².

02. A INFORMAÇÃO.

Atualmente a internet tomou relevo inaudito na realização da informação, desenvolvimento cultural e formação do homem. Na proporção dos avanços tecnológicos, o desempenho de tais funções vem se alarmando pela amplitude e diver-

⁹⁰ Marques-Martins. 2006.

⁹¹ Rocha-Cordeiro. 2007.

⁹² Da Frada, Manuel António de Castro Portugal Carneiro. 2004.

cidade de notícias cuja influência exerce primordial atuação sobre a opinião pública e sobre a vida pessoal de cada internauta. Mas a informação deve se colocar, em qualquer Estado em que sirva na direção do bem comum⁹³. A sociedade coletivamente ou individualmente considerada tem direito a dar e a receber informação, mas em ambos os aspectos tal direito limita-se à verdade, à justiça e ao respeito aos direitos fundamentais de todo cidadão.

A informação deve ser verdadeira e justa e efetivada para cooperar com a livre circulação de pensamentos, ideias ou fatos que favoreçam o conhecimento e o respeito, cabendo ao Estado defender a justa liberdade de informação, sem olvidar que o direito fundamental a liberdade de expressão limita-se a informação efetivamente relevante, em vista de não se confundir com o direito da livre iniciativa econômica, excluída do patamar dos direitos fundamentais⁹⁴.

Por outro lado, a informação como bem intelectual a ser protegido também deve ser considerada para além de um direito, e em especial para os servidores de internet, como um dever imputado para bem executarem a atividade. É que encontrando a informação limites na verdade e nos direitos fundamentais, aquela deve ser assentada como um serviço a ser prestado ao bem comum, e ainda mais pelos provedores de serviço telemático, que apesar da maneira indireta, se utilizam da informação para obter lucro.

Por conseguinte, valores angariados ao longo de décadas como a proibição da censura, liberdade de se informar e de ser

⁹³ CIC, 1998.

⁹⁴ Esclarece Cordeiro sobre a distinção: “Um órgão que divulga determinado fato ou desenvolva uma campanha, pretende informar seu público ou aumentar as tiragens ou audiências ? ...A livre iniciativa, mesmo aplicada ao campo da comunicação social é digna e merece proteção; todavia, é evidente que ela nunca poderá prevalecer sobre o direito à honra, seja de quem for. Já a verdadeira liberdade de informação poderá ir mais longe: mas sempre com limites.”

informado e ainda, a liberdade de imprensa cuidam apenas da vasta ação de informar. Quanto à omissão da informação, faz-se necessário compreendê-la também sob o enfoque da admissão de um dever prévio de informação.

Portanto, observados nos limites da responsabilidade civil dos provedores de internet, pode-se considerar como limites a omissão de informação, *i.g.*, àquelas obrigações previstas no art. 13 do Dec Lei 07/2004, de colaboração ao combate a criminalidade. Além disso, o servidor que exerça atividade em Portugal deve inscrever-se junto à entidade de supervisão central, em nada limitadora da atividade de prestação de serviços, mas apenas facilitadora do contato com a mencionada entidade de cunho administrativo.

Convém ressaltar que os deveres são de colaboração⁹⁵ com a entidade de supervisão central e apresentam cunho informativo, buscam elidir o anonimato, mas não incorrem em tipicidade autônoma para indenização em responsabilidade civil, mas podem servir de justificativa ou integrar a motivação judicial para uma eventual condenação em caso concreto, quando o provedor agir de encontro aos deveres de informação ali dispostos e vier a causar danos em determinado utente pela sua omissão, cabendo à parte lesada a prova da omissão.

Nesse pavimento vale realçar o dever de informação examinado sob a ótica do anonimato próprio da rede. O anonimato na internet é um modo de se relacionar instituído entre os próprios usuários e não deve ser fraturado pela ordem jurídica desde que manuseado dentro dos padrões de licitude que se exige. Porém, quando o anonimato favorecer o cometimento de crimes ou ofensas à lei, deverá ser quebrado, mediante prévia ordem de autoridade competente.

Nesse sentido, o anonimato na internet pode ser comparado, *mutatis mutandi*, a relação de guarda do sigilo bancário, sendo admitida a quebra excepcional, desde que haja conduta

⁹⁵ Martinez, Pedro Romano. 2005.

punível cujo causador se mostre não identificável em vista do anonimato da rede. Nesse caso, o provedor deve apontar o transgressor *sob pena* de responder subsidiariamente pelos atos ilícitos por aquele praticado.

Arremata Demócrito sobre o tema, pincelando a possibilidade de estruturação de teoria que comporte responsabilidade subsidiária do provedor, nos casos de impossibilidade de identificação do autor direto do dano, entendimento que sinaliza a necessidade de construção de uma teoria própria de responsabilidade civil em sede de danos causados através da internet⁹⁶.

Também no Brasil o julgado entabulado pelo STJ estabeleceu que mediante a ciência do lesado ao provedor de uma informação de conteúdo ilícito, deverá este retirar o material do ar e estabeleceu a obrigação do prestador de viabilizar a informação da identificação do IP e trajeto percorrido.

Em relação aos dados do usuário devem os provedores de internet manter uma conduta inicial e geral de sigilo dos mesmos, mas uma vez intimados/notificados por Autoridade Policial ou Judiciária para apontarem os dados do usuário que tenha agido ilicitamente, deverão informá-los, sob pena de responderem subsidiariamente com os efetivos causadores do dano.

Os dados aqui mencionados são aqueles capazes de identificar o utente, sua qualificação completa e ainda, os passos que o mesmo percorreu na rede, identificáveis pelo provedor de acesso automaticamente através dos números do IP.

Quando o serviço prestado pelo provedor de acesso é contratado, como em sua maioria ocorre no Brasil, o provedor certamente armazena e mantém atualizados os dados cadastrais dos seus usuários, até mesmo em face do pagamento devido. Essa tarefa se torna mais difícil quando o serviço é gratuito, exigindo do provedor um desvelo maior na identificação dos utentes.

⁹⁶ Filho, Demócrito Ramos Reinaldo. 2011.

De outro lado, é possível que o causador de prejuízos não utilize o computador de sua residência ou de seu trabalho, aquela máquina capaz de identificá-lo quando comete ato ilícito, se socorrendo das conhecidas “lanhouses” para realizar o indevido. Impende salientar nesse caso que o provedor de acesso deve manter com essas casas de serviço virtual um contrato diferenciado, exigindo que as mesmas identifiquem seus usuários, sendo possível reputar a elas responsabilidade solidária ao provedor de acesso quando seus clientes forem resguardados pelo mau uso do anonimato em vista de negligência sua.

Vale ressaltar o valor do IP, um número único que identifica determinado computador ligado à rede em determinado momento. Toda vez que o usuário entra na internet e nela faz operações recebe um número de IP do seu provedor de acesso que o acompanhará durante aquela conexão, de forma que os pacotes de dados enviados e recebidos por aquele usuário ficam registrados em seu IP. O provedor de acesso é o único capaz de identificar os passos dos usuários através dos números do IP por ele utilizados.

Como dito, o provedor de acesso registra a maioria dos movimentos do usuário pelo número do IP, *e.g.*, ao visitar um site a máquina do usuário registra em seu provedor o número do IP, caso contrário os pacotes de dados não seriam acessados; o mesmo acontece com os downloads e com caixas de correio eletrônico. A máquina registra os passos dos usuários junto aos provedores de acesso, de forma que esses dados ficam armazenados pelo provedor.

03. LEALDADE.

A lealdade em sede de responsabilidade civil de provedores pode ser constatada também na exigência da não contradição dos comportamentos realizados pelos provedores em favor não só de seus contratados, mas também de toda sociedade

informática que depende de sua atuação benéfica para o desenvolvimento e realização de um patamar de valores na rede.

Observo, nesse sentido, que os provedores intermediários, como dito no exórdio, realizam uma função essencial que é diminuir as distâncias e viabilizar a celeridade da rede, porque duplicam ou multiplicam material para que os mesmos sejam localizados com mais facilidade e fluidez. Os provedores intermediários, portanto, são atores fundamentais no palco do *serviço público* de internet, expressão utilizada antes para expressar a sua mais absoluta necessidade de uso atual pela coletividade que para transmitir uma nova espécie de serviço administrativo estadual.

Portanto, não poderá o servidor agir em contradição, agir falseadamente, com intenções subliminares e escusas, mas deverá atuar com lealdade para conseguir realizar sua função de facilitar o uso da rede sem ofender os deveres de proteção a que está adstrito.

Nesse sentido, inclui-se no âmbito da observância cogente do servidor no uso da tecnologia que tem disponível ou acessível, prever riscos para elidir casos fortuitos, é lógico, dentro do que se pode esperar de um prestador de serviços de internet.

Veja-se que a própria lei portuguesa instituiu providências restritivas ao uso da rede, a serem dispensadas pelas entidades de supervisão central (ICP-ANACOM) ou às autoridades judiciárias, quando um serviço de informação proveniente de outro estado membro da União Européia venha a lesar ou ameaçar gravemente valores do tipo dignidade humana e ordem pública, proteção aos menores, incitamento ao ódio fundamentado em discriminações de raça, sexo, religião ou nacionalidade, saúde pública, segurança pública e na defesa dos consumidores⁹⁷.

Outros tantos deveres de proteção e atuação podem ser

⁹⁷ Dec Lei 07/2004, art. 7.

identificados no traquejo do exercício das funções dos provedores de serviço de internet, mas o importante é ressaltar que suas ações devem estar pautadas na boa-fé, cujo o vetor da confiança se ressalta. Os provedores se aproximam dos usuários pelo serviço prestado e auferem lucro com seus serviços. Portanto, seja por meio de disposições específicas já mencionadas ao longo desse relatório ou outras que venham a ser dispostas nos diversos estados nacionais, seja através dos conceitos gerais de boa fé e confiança, os provedores deverão pautar-se segundo determinado padrão de comportamento adrede a ética sob pena de responderem pelos prejuízos causados no mau uso da tecnologia.

CAPÍTULO 05 - A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE INTERNET E OS DEVERES DE CON-DUTA PRÉVIA.

Antes de mais, importa salientar a existência de autênticos deveres de conduta inerentes aos provedores de internet no desempenho de suas atividades. Tais deveres podem configurar os pressupostos da responsabilidade civil e por isso gravitar, como visto, na órbita da ilicitude, ou para quem se contenta, em um ou mais dos diversos aspectos da *faute*.

Uma vez ignorados deliberadamente os deveres de conduta poderão constituir até o dolo do provedor a depender do resultado, e ainda que inobservados por mera negligência, imprudência ou imperícia, incorrerão os mesmos em culpa, devendo responder pelos prejuízos causados em face de sua conduta.

O provedor de hospedagem ou de serviço que apenas entrega suporte técnico para veicular página da internet a outros provedores e não mantém relação de consumo com o utente que utiliza a rede, observa-se, nesse caso, inclusive, a inexistência de remuneração, tendo em vista que o usuário acessa

diversas páginas gratuitamente, devendo pagamento unicamente ao provedor de acesso, o que poderia vir a descaracterizar possível relação de consumo.

Não obstante, no trato tecnológico é possível aferir deveres de comportamentos dispersos no sistema, como visto, e outros que já se fizeram normatizar. Tratam-se das disposições de boa fé objetiva e subjetiva, respectivamente. Os deveres de proteção, como cláusula geral da responsabilidade aquiliana prevista no art. 483.1 do CCPT e 927 do CCB, visam assegurar um comportamento social básico entre os cidadãos para evitar que causem danos entre si, o que também ocorre no âmbito virtual. Esses articulados protegem direitos subjetivos e por isso, exige-se dos prestadores de serviço a indicação, o esclarecimento sobre a comunicação dos atos dos usuários realizados por seu intermédio, e uma vez provocados sem que respondam satisfatoriamente a notificação, suportam subjetivamente ao causador do prejuízo, num autêntico dever geral de informação e lealdade, os danos por ele causados⁹⁸.

A relação contratual estabelecida entre os provedores de internet supõe uma aproximação com os usuários da rede. A fonte da obrigação é o negócio estabelecido nas relações dos provedores, mas o objetivo é a velocidade e qualidade tecnológica do conteúdo transmitido. Tais qualidades são realizadas em favor do utente, é ele quem se beneficia, em última análise, da transmissão viabilizada pelo provedor. Ele acaba por se mostrar um terceiro muito próximo da relação contratual estabelecida, comparando-se a um beneficiário do serviço prestado. A conduta positiva assumida pelo provedor, portanto, é capaz de investir diretamente no campo dos direitos do usuário, obrigando os provedores a manterem no exercício de suas tarefas lealdade, respeito, informação e segurança usuais do setor. Esse dever específico de comportamento já positivado pelo Dec. Lei 07/2004, pela *Communications Decency Act* (CDA), pela

⁹⁸ Rocha-Cordeiro. 2007.

Jurisprudência Brasileira mostram-se como deveres específicos de comportamento segundo a boa fé no âmbito virtual, vez que do contrato realizado entre os provedores de internet resultam deveres de cuidado com um interveniente pela proximidade estabelecida através do próprio serviço fornecido. Observa-se, nesse patamar, o fenômeno da desconstratualização da *culpa in contraendo* (CIC), cujos deveres de proteção que lhes são próprios gravitam em outras órbitas não exclusivamente contratuais⁹⁹.

Como exemplo daquilo já tratado anteriormente, pinço a obrigação dos provedores de acesso manter os dados e o conteúdo das informações relacionadas aos seus usuários e inicialmente tem a obrigação de zelar pela privacidade e a intimidade dos clientes, na forma prevista no art. 5º. Da CRFB, respectivamente, incisos X e XII. Excepcionalmente, nos casos do dano civil ou em matéria criminal, deverá o provedor de acesso fornecer as informações armazenadas as autoridades competentes. Posturas opostas são esperadas do provedor: primeiramente, não sendo a ilicitude do conteúdo evidente deverá manter o sigilo. Caso contrário deverá quebrar o segredo, viabilizando o acesso a informação. Também, num primeiro momento não se lhe exige o fornecimento dos dados cadastrais de seus contratantes, mas uma vez impulsionado pelas autoridades competentes, deverá informar. Assim, os deveres de conduta são pautados diante dos quadros que se formam. Tomando conhecimento de tais situações e contando capacidade técnica e jurídica de impossibilitar o acesso das mesmas, deverá o provedor agir, sob pena de responder civilmente pelos danos causados em face da sua omissão. O ônus da prova é do lesado.

Observe que a boa fé se encontra pulverizada em todo o âmbito normativo, devendo, pois, orientar tanto o legislador como o intérprete da lei, aquele para positivar a boa-fé objetiva em leis que a valham, esse para extrair do sistema já normati-

⁹⁹ Rocha-Cordeiro. 2007.

zado, brocardos de boa fé subjetiva.

No que tange os provedores de serviço de internet a boa fé, tal como a boa fé possessória, traduz um estado de ignorância desculpável, de forma que se o provedor cumprir com os deveres impostos baseados na segurança, informação e lealdade, presume-se que não tenha conhecimento do conteúdo lesivo. Por conseguinte, o direito positiva a boa fé por meio de regras de conduta concretas impostas a quem se espera que aja de boa fé. Essa escolha do direito serve para proteger aquele que obedece aos deveres de cuidado de uma possível imputação de má fé, mas também aqueles que podem ser prejudicados pela ação descuidada dos provedores (o usuário da rede). Assim, responde a parte por um dever específico de comportamento respondendo por uma *relação contratual sem contrato*¹⁰⁰.

Portanto, pelo estabelecimento de uma situação de confiança com o utente da rede, os provedores de internet nos contratos que estipulam entre si se obrigam a determinados deveres de conduta para, exprimindo a boa fé no exercício da confiança neles projetadas, realizar *outra* forma de constituir negócio jurídico, devendo, portanto, responder subjetivamente ao descumprirem os mencionados deveres de conduta. A ausência de dever de vigilância prévia que culmina numa modalidade de não responsabilizar o provedor pelos conteúdos nocivos lançados na rede por outrem só produzem esse efeito se os provedores cumprirem com os deveres de conduta prévia. Nesse sentido, a responsabilidade pelo descumprimento da conduta se presume a partir da comprovação de que agiu em sua desconformidade, cabendo ao provedor comprovar, para ilidir a responsabilidade subjetiva, ter agido segundo os critérios da responsabilidade civil.

¹⁰⁰ Realçando a contribuição de GÜNTHER HAUPT no trato da matéria, Cordeiro utiliza a expressão “relações contratuais sem contrato” para exprimir a conclusão sobre as relações contratuais de fato.

Constata-se, assim, que a responsabilidade do provedor de internet não é propriamente aquiliana, mas se aproximando do utente de maneira a adquirir a confiança do mesmo, ainda que não tenha com ele um vínculo contratual específico, trava uma obrigação na medida em que serve a rede e a cada usuário, além de auferir lucro dessa atividade. Portanto, deverá responder com presunção de culpa pelos atos danosos causados, se for comprovado que desonrou as condutas de atuação prévias a ele devidas.

Assim, primeiramente incide sobre o provedor de internet o princípio da irresponsabilidade, ou seja, a ausência de fiscalização prévia do conteúdo veiculado o imuniza de responder pelos atos lesivos veiculados em seus sítios. Todavia, quando deixar de cumprir os deveres de conduta prévios estipulados presume-se que tenha agido com culpa na atuação junto ao lesado. Mas ainda cabe ao provedor comprovar o contrário.

Deveras, a ordem probatória acaba se dando da seguinte forma: primeiramente a parte lesada deverá comprovar que o provedor agiu em desacordo aos deveres de conduta que deve obedecer. Uma vez comprovada tal desatenção, presume-se que o provedor agiu com culpa na ação específica que deu azo a responsabilidade civil, cabendo ao mesmo comprovar sua não culpa.

DISPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

Por suas próprias características e pela maneira como se desenvolveu, a internet carrega em si padrões diferenciados de comportamento socialmente admitidos entre os seus usuários ou entre eles e as empresas que viabilizam o acesso virtual. A rede pauta-se em diferentes vértices numa liberdade social antes desconhecida, tais como a diferenciada busca ininterrupta por conhecimento, o compartilhamento das informações, a celeridade da transmissão, a globalização das relações, a ausência

de fronteiras, a admissão do anonimato, entre outros.

Nesse sentido grande movimento de poder se concentra sobre aqueles que têm o domínio técnico ou científico dos meios tecnológicos da rede, podendo recair inclusive sobre indivíduo isoladamente considerado, novidade que exige uma regulamentação adaptada a novos padrões, sem olvidar os avanços garantidos até o presente. Isso porque instaura novos conceitos e destrona paradigmas passados.

É possível distinguir os provedores de internet pelo núcleo da atividade que eles exercem, ou seja, se estão no controle da informação propriamente dita.

O STJ REsp 1193764-SP da relatório da Eminente Ministra Nancy Andrighi firmou o entendimento no Brasil sobre os provedores de internet, de maneira indistinta, fixando os deveres de conduta de manter atualizados os dados cadastrais do usuário, o número do IP e o trajeto percorrido, bem como, retirar do ar o conteúdo, uma vez notificado, como comportamentos hábeis a descredenciar uma possível condenação em responsabilidade civil por danos causados por outrem.

Na América do Norte, logo em seguida à rebuscada evolução jurisprudencial marcada principalmente pelos casos *Cubby, Inc. v. CompuServe e Stratton Oakmont v. Pródigo Services Co*, cuja síntese restou na conclusão de inexistência de responsabilidade civil dos provedores (salvo nos casos em que tenham expressado a obrigação), aconteceu a normatização da questão no patamar legal, para com a lei *Communication Decency Act (CDA)* conferir aos provedores a possibilidade de restringir a veiculação de material ofensivo, instituindo a regra da imunidade dos provedores perante seus assinantes.

Um tanto menos liberal, a Comunidade Européia por meio da Diretiva 2000/31/CE estabeleceu o princípio da *equi-paração*, ao tempo em que dispôs expressamente a ausência do dever de fiscalização prévia dos conteúdos lançados em rede pelos provedores intermediários, sob algumas condições.

A transposição para a ordem portuguesa seguiu, em termos gerais, os contornos da Diretiva Européia, fixando deveres de condutas prévios para o provedor beneficiar-se com a regra geral da irresponsabilidade, melhor dizendo, com a ausência de dever de vigilância prévia.

Em termos gerais, acabou por ser estabelecido nos EUA, pela UE, em Portugal e no Brasil, um sistema tripartido, em que se devem constatar a presença de três requisitos simultâneos para caracterização da responsabilidade civil dos provedores de internet: o conhecimento prévio do conteúdo lesivo, a capacidade técnica ou jurídica de ação e finalmente, a omissão deliberada de retirada do conteúdo, fixando-se, desta forma, deveres de conduta prévios aos servidores da rede.

A boa fé nas relações não se confunde com a culpa dos atos da parte, nem com a diligência que se exige nos comportamento, mas quem deixa de cumprir os deveres de conduta prévios age com culpa para fins de responsabilidade civil dos provedores de internet, seja por ação ou omissão. Nesse sentido, os prestadores de serviço de internet embora não tenham a obrigação de fiscalização prévia dos conteúdos lançados no ar, devem se comportar segundo determinadas regras de conduta usuais do setor, tais como, obedecer às políticas de segurança da rede, prestar informações requisitadas pelas autoridades administrativas ou judiciais competentes ou ainda, agir com lealdade.

É possível constatar na atualidade regras que positivam o dever de proteção, informação e lealdade devidos aos provedores de internet, seja quando o provedor tem a obrigação de entregar um padrão médio de tecnologia adequada no exercício de sua atividade, seja quando deve informar a identificação ou paradeiro de um agressor, seja quando tenha que suprimir o acesso a material lesivo. Diversas são as condutas que podem caracterizar um comportamento desleal do servidor e algumas delas estão previstas em lei.

Observa-se também que o usuário, embora não esteja contratualmente vinculado ao provedor, serve-se de sua atuação, havendo uma aproximação entre o utente de internet e o provedor, hábil a selar determinado grau de confiança. Exige-se, portanto, do provedor que, em virtude desta aproximação quase contratual, honre com os brocardos de segurança, informação e lealdade a ele devidos em favor do usuário, respondendo subjetivamente em casos de omissão de segurança, segurança, informação e lealdade, previamente descritos em norma (ou na jurisprudência), ou ainda, aqueles usualmente utilizados no setor.

Mais que isso, omitindo-se o provedor de entregar a segurança devida não será beneficiado pelo princípio da irresponsabilidade coroado nos sistemas estudados. Mas deverá responder com presunção de culpa. Assim, uma vez comprovado que o provedor de internet deixou de entregar a segurança devida, presume-se a culpa do mesmo, cabendo a ele comprovar não ter agido culposamente no ato danoso a ser indenizado.

Portanto, o provedor de internet é o responsável direto pelo dano causado em página que hospeda ou por informação que reproduz ao afastar-se de cumprir com deveres de proteção prévios, tais como, recusar a identificação do causador direto do dano, no mau uso do anonimato. Igualmente, se uma vez notificado, mantiver a notícia pejorativa no site, responderá pelos danos causados pelo ofensor.

Para exemplificar, tomemos um provedor *caching* que não tenha recebido a notificação para por cobro a conteúdo lesivo postado. Apesar de contar com todos os seus endereços atualizados, perante as autoridades, o lesado equivocadamente veio a remeter a carta notificatória para um endereço anterior. Caberá ao provedor comprovar a lisura de sua atuação e a atualidade de seu paradeiro junto ao cadastro obrigatório.

Não se trata de co-responsabilidade, uma vez que o causador exclusivo do dano é o mentor da informação e o prove-

dor não tem meios de averiguar pontualmente e previamente as informações veiculadas, mas o provedor pode vir a responder pela presunção de culpa, quando não agir segundo os deveres de conduta prévios, porque a relação que trava com o usuário é contratual, apesar de não haver contrato.

שלום

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- ALMEIDA, LUIZ ANTÔNIO FREITAS DE – *Violação do direito à honra no mundo virtual: A (ir)responsabilidade civil dos prestadores de serviço na Internet por fato de terceiro*, Relatório de Mestrado Científico em Direitos Fundamentais e Direito privado I/II pela Universidade de Lisboa, 2009/2010.
- ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA – *Sociedade de Informação*. In *Direito da Sociedade de Informação*, Vol I, Ed. Coimbra, 1999.
- AZEVEDO, ANTÔNIO JUNQUEIRA DE – *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, 2ª. Edição, Saraiva, 1986.
- AZEVEDO, ÁLVARO VILLAÇA - *Contratos Inominados ou Atípicos*, 3ª. Edição, CEJUP, 1988.
- BEVILAQUA, CLÓVIS – *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, Vol IV*, Edição Histórica, 3ª. Tiragem, 1958.
- *Teoria Geral do Direito Civil*, RED Livros. 2001.
- BINICHESKI, PAULO ROBERTO – *Responsabilidade Civil dos Provedores de Internet*, Juruá Editora, 2011.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM – *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Tradução de Ingo Wolfgang e Paulo

- Mota Pinto, Almedina, 2003.
- *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Tradução de A. Menezes Cordeiro, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J.J. GOMES – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. Ed. Almedina. 1997.
- “BRANCOSOS” E INTERCONSTITUCIONALIDADE – *Itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Almedina, 2006.
- CASIMIRO, SOFIA DE VASCONCELOS – Mapa da problemática jurídica da sociedade de informação, In *Direito da Sociedade de Informação*, Vol. IX, Ed. Coimbra, 2011.
- CAVALIERI FILHO, SERGIO – *Programa de Responsabilidade Civil*, 10ª. Ed. Atlas. 2012.
- CECCONELLO, FERNANDA FERRARINI GOMES DA COSTA – *Internet*, In: *Revista LexMagister Editora Virtual*, 2002.
- COELHO, FABIO ULHOA – *Curso de Direito Civil, Vol 2*, 4ª.Ed, Saraiva, 2010.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Da boa fé no Direito Civil*, Almedina, 2007.
- *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo I. Almedina. 2009.
 - *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo II. Almedina. 2010.
 - *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo III. Almedina. 2010.
 - *Tratado de Direito Civil Português II*, Tomo IV. Almedina. 2010.
- CONSTANZO PASQUALE – *Aspectos evolutivos do Regime Jurídico da Internet*, 1997.
- DA FRADA, MANUEL A. CARNEIRO – *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2004.
- “Vinho novo em odres velhos ?” – *A responsabilidade*

- civil das “operadoras de Internet” e a doutrina comum da imputação de danos*, In *Direito da Sociedade de Informação*, Vol II, Ed. Coimbra, 2001.
- DIAS, JOSÉ DE AGUIAR – *Da responsabilidade civil*, Vol. I, Editora Forense, 1995.
- Da responsabilidade civil*, Vol. II, Editora Forense, 1995.
- DINIZ, MARIA HELENA – *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, Vol I, Saraiva, 2003.
- GODOY, CLAUDIO BUENO DE / LOUREIRO, FRANCISCO EDUARDO / BDINE JR., HAMID CHARAF / AMORIM, JOSÉ ROBERTO NEVES / BARBOSA FILHO, MARCELO FORTES / ANTONINI, MAURO / CARVALHO FILHO, MILTON PAULO DE / ROSENVALD, NELSON / DUARTE, NESTOR / COORDENAÇÃO DE PELUSO, CEZAR. *Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência*. 3ª. Ed. Manole, 2009.
- FACHANA, JOÃO - *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet*, Almedina, 2012.
- FGV-RIO AULA DE DIREITO - *Responsabilidades civil dos provedores de serviços na internet*, http://academico.direitorio.fgv.br/wiki/Aula_12._Responsabilidade_civil_dos_provedores_de_servi%C3%A7os_na_Internet.
- FRADERA, VERA JACÓB DE – *A vedação de venire contra factum proprium e sua relação com os princípios da confiança e da coerência*, In *Direito e Democracia*, v.9, n.1, jan/jun, 2008.
- GLANZ, SEMY – *Internet e responsabilidade civil*, In *Revista de Direito TJ-RJ, Doutrina e Jurisprudência*, no. 58 – jan/mar, 2004.
- GOMES, ORLANDO – *Obrigações*. Atualizador Edvaldo Brito. 17ª. Ed. Forense. 2007.

- *Contratos*. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26^a. Ed. Forense. 2007.
- *Responsabilidade Civil*. Atualizador Edvaldo Brito. 1^a. Ed. Forense. 2011.
- GONÇALVES, CARLOS ROBERTO - *Direito Civil Brasileiro, Teoria Geral das Obrigações, Vol. 2*, Saraiva, 2012.
- *Direito Civil Brasileiro, Responsabilidade Civil, Vol. 4*, Saraiva, 2008.
- GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA – *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro, Vol I, parte geral*, Max Limonad, 1951.
- GRECO, MARCO AURÉLIO / MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA – *Direito e Internet – Relações jurídicas na sociedade informatizada*, RT, 2001.
- JOÃO PAULO II – *Constituição Apostólica Fidei Depositum para publicação do Catecismo da Igreja Católica redigido depois do Concílio Vaticano II*. Loyola, 1998.
- JUNIOR, EURÍPEDES BRITO CUNHA – *Os contratos eletrônicos e o Novo Código Civil*, In *Direitos e Tecnologias da Informação*, n. 19, p. 62-77, out/dez, 2002.
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES – *Direito das Obrigações, Vol III, Contratos em Especial*, 6^a. Ed., Almedina.
- LEITÃO, LUÍS MENEZES, *A responsabilidade civil na internet*, In *Direito da Sociedade de Informação, Vol. III*, Ed. Coimbra, 2002.
- LEONARDI, MARCEL – *Internet: Elementos Fundamentais*. In: *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*, Ed. Saraiva, 2012.
- *Determinação da Responsabilidade Civil pelos Ilícitos da Rede: Os deveres dos provedores de serviço de internet*, In: *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*, Ed. Saraiva, 2012.

- *Responsabilidade dos provedores de serviços de internet por seus próprios atos*, In: *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*, Ed. Sarai-va, 2012.
- *Responsabilidade Civil dos provedores de Serviço de Internet*, Dissertação de Mestrado defendida perante a Faculdade de Direito do Largo São Francisco, 2005.
- LHERING, RUDOLF VON - *Teoria Simplificada da Posse*, Pillares, 2005.
- LYRA, AFRÂNIO - *Responsabilidade Civil*, 2ª. Ed., Velle-nich, 1979.
- MACHADO, JÓNATAS E. M. – *Liberdade de Expressão, Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Ed Coimbra, 2002.
- *Liberdade de expressão, interesse público e figuras públicas e equiparadas*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFD), n. 85, Coimbra, 2009: 73-109.
- MARQUES, GARCIA / MARTINS, LOURENÇO – *Direito da Informática*, Almedina, 2006.
- MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA / MARTINS, RO-GÉRIO GANDRA DA SILVA / LOCATELLI, SORA-YA DAVID MONTENEGRO – *Imunidade dos meios de Comunicação Social*, In *Direito @ Internet*, Revista do Advogado, AASP, Ano XXXII, n.115, Abril 2012.
- MARTINS, RAFAEL MANHÃES – *O princípio da confiança legítima no direito brasileiro: uma discussão em torno do Enunciado 362, da IV Jornada de Direito Civil*, In *Revista AJURIS*, v.35, n. 112, dezembro de 2008.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO – *Contratos Comerciais*. Principia. 2006.
- *Direito das Obrigações, Programa 2010/2011, Apon-tamentos*, 3ª. Ed. Lisboa. 2011.

- MARZOCHI, MARCELO DE LUCA - *direito.br “Aspectos Jurídicos da Internet no Brasil”*, LTR, 2000.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – *Lei do Comércio Eletrônico Anotada*, Ed. Coimbra, 2005.
- MIRAGEM, BRUNO – *O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais, A função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais* in MARQUES, CLÁUDIA LIMA - *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. RT, 2007.
- MITNICK, KEVIN D. / SIMON WILLIAM L. – *A arte de enganar, Ataques de hackers: Controlando o fator humano na segurança da informação*, Tradução de Kátia Aparecida Roque, Pearson Education, Makron Books, 2003.
- MONTEIRO, WASHINGTON DE BARROS - *Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações, Vol. 1*, 8ª. Ed, Saraiva, 1972.
- MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA – *Pedofilia na Internet e o Estatuto da Criança e do Adolescente*, In: Editora LexMagister direito virtual, 2001.
- NAVES, NILSON – *Direitos e Tecnologias da Informação*. In *Direitos e Tecnologias da Informação*, n.19, p.6-8, out/dez, 2002.
- OLIVEIRA, ELSA DIAS. *Da violação da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional*, Almedina, 2012.
- MENDES, GILMAR FERREIRA / COELHO, INOCÊNCIO MÁRTIRES / BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO – *Curso de Direito Constitucional*, 4a. Ed., Saraiva, 2009.
- PAESANI, LILIANA MINARDI – *Direito e Internet, Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Ci-*

- vil*, 5ª. Ed., Atlas, 2012.
- PARENTONI, LEONARDO NETO – *Responsabilidade civil dos provedores de serviço na Internet: Breves Notas*, In: Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor nº 25 - Fev/Mar de 2009.
- RIZZARDO, ARNALDO. *Contratos*, Forense, 2006.
- *Responsabilidade Civil*, Forense, 2005.
- ROCHA, MANOEL LOPES – Direito da Informática nos Tribunais Portugueses. Notas de Atualização, In: Sub Judicium, Justiça e Sociedade, Revista Trimestral, Publicação Setembro, Almedina, 2006.
- SILVA, LUIZ CLÁUDIO. *Responsabilidade Civil, Teoria e Prática das Ações*, Forense, 2005.
- SILVA, REGINA BEATRIZ TAVARES DA – *Sistema protetivo dos direitos da personalidade*, In Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação, Ed. Saraiva, 2012.
- STOCO, RUI - *Tratado de Responsabilidade Civil*, RT, 2001.
- TARTUCE, FLÁVIO – *Contratação Eletrônica. Princípios sociais, responsabilidade civil pré-contratual e pós-contratual. Uma abordagem luso-brasileira*, In Direito da Sociedade de Informação, Vol. IX, Ed. Coimbra, 2011.
- TELES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Manual dos Contratos em Geral*, 3ª. Ed, 1965.
- VANCIM, ADRIANO ROBERTO / MATIOLI, JEFFERSON LUIZ – *Direito & Internet, Contrato Eletrônico e Responsabilidade Civil na Web*, Lemos e Cruz Livraria e Editora, 2011.
- VANCIM, ADRIANO ROBERTO – *O contrato Eletrônico no Limiar do Século XXI*, <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0112009.pdf>.
- VARELA, ANTUNES / LIMA, PIRES DE – *Código Civil*

Anotado, Vol II., 4ª. Ed. Coimbra, 2011.

- *Das obrigações em geral, Vol I, 10ª. Ed.*, Almedina, 2000.

- *Das obrigações em geral, Vol II, 7ª. Ed.*, Almedina, 1997.

VASCONCELOS, L. MANOEL PESTANA DE –

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE. Proteção de dados pessoais e direito a privacidade. In *Direito da Sociedade de Informação, Vol I, Ed. Coimbra, 1999.*

VENOSA, SILVIO DE SALVO – *Direito Civil, Responsabilidade Civil, Vol 4, Editora Atlas, 2010.*

- *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, In: *Revista Magister de Direito Civil e processual Civil n. 27, Nov/dez, 2008.*

WALD, ARNOLDO – *Obrigações e Contratos, Vol II, 13ª. Ed.*, RT, 1998.