

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Álvaro Fernando Cassol Malheiros

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS REDES SOCIAIS NA INTERNET POR DANO
DECORRENTE DE CONTEÚDO GERADO ATRAVÉS DE PERFIL FALSO**

Porto Alegre

2014

ÁLVARO FERNANDO CASSOL MALHEIROS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS REDES SOCIAIS NA INTERNET POR DANO
DECORRENTE DE CONTEÚDO GERADO ATRAVÉS DE PERFIL FALSO**

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Fabiano Menke

Porto Alegre

2014

ÁLVARO FERNANDO CASSOL MALHEIROS

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS REDES SOCIAIS NA INTERNET POR DANO
DECORRENTE DE CONTEÚDO GERADO ATRAVÉS DE PERFIL FALSO**

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 18 de dezembro de 2014

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Fabiano Menke (orientador)

Para Liliana, pelo apoio, carinho e paciência.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo.

À minha família, pelo incondicional apoio.

Aos amigos Rodrigo Mendonça e Wagner Fensterseifer, pelos debates, pelos conselhos e, sobretudo, pelo companheirismo.

Aos colegas do grupo de estudo “Os fundamentos Direito Privado e as novas tecnologias da informação e da comunicação”, pelas experiências compartilhadas.

Ao professor Fabiano Menke, pelos ensinamentos acadêmicos, pelo incentivo e auxílio no desenvolvimento da pesquisa e pela precisa orientação na elaboração deste trabalho.

RESUMO

A presente monografia objetiva realizar um estudo em torno da responsabilidade civil das redes sociais por dano decorrente de conteúdo gerado por terceiro mal-intencionado através de perfil falso da vítima. A evolução das tecnologias de informação e comunicação na Internet, a despeito dos inúmeros benefícios proporcionados, apresenta uma série de riscos, intensificando a vulnerabilidade dos usuários, especialmente nos ambientes virtuais de relacionamento. Nesse contexto, o instituto da responsabilidade civil, permeado pelo valor da dignidade da pessoa humana e pelo princípio da solidariedade social, evolui no sentido a garantir a adequada proteção da vítima do dano. Destaca-se o caráter preventivo a ser adotado pelas redes sociais, configurado no esforço na identificação de usuários, e, fundamentalmente, no controle prévio de cadastramento. Aproxima-se, assim, do regramento jurídico que observe a efetiva tutela da confiança do usuário no serviço prestado pelas redes sociais em relação à segurança de sua saúde física e mental.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Redes sociais. Internet. Vulnerabilidade. Risco.

ABSTRACT

This monograph aims to conduct a study about the liability of social networks for damages resulting from content generated by malicious party through false victim's profile. The evolution of information and communication technologies on the Internet, despite the numerous benefits provided, presents a number of risks, increasing the vulnerability of users, especially in virtual environments relationship. In this context, the institution of civil liability, permeated by the value of human dignity and the principle of social solidarity, moving towards to ensure adequate protection of the victim of the damage. We emphasize the preventive feature to be adopted by social networks, configured in an effort to identify users, and, fundamentally, in the previous control registration. Approaches, thus, the legal rules that observe the effective user confidence in the protection service provided by social networks regarding the safety of their physical and mental health.

Keywords: Civil Liability. Social networks. Internet. Vulnerability. Risk.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	12
2.1 A RELEITURA DO DIREITO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO	12
2.1.1 A unidade do ordenamento jurídico	14
2.1.2 O valor da dignidade da pessoa humana.....	15
2.1.3 O princípio da solidariedade social.....	16
2.2 OS REFLEXOS NOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	18
2.2.1 A função preventiva da responsabilidade civil	19
2.2.2 A responsabilidade objetiva e a teoria do risco	22
2.2.3 A flexibilização do nexu causal e a relativização das excludentes de causalidade	25
2.2.4 O dano indenizável e a teoria do interesse	30
2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL COM FUNDAMENTO NA TUTELA DA CONFIANÇA	34
2.3.1 As vulnerabilidades do usuário	34
2.3.2 O dever de proteção segundo o princípio da boa-fé objetiva	37
2.3.3 A proteção jurídica da confiança do usuário	39
2.4 CONCLUSÕES PARCIAIS	41
3 A TUTELA DA CONFIANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO	43
3.1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	43
3.1.1 A tutela da confiança do consumidor	45
3.1.2 A responsabilidade civil do fornecedor por defeito no serviço.....	47
3.1.3 O Código de Defesa do Consumidor e a Constituição.....	49
3.2 O MARCO CIVIL DA INTERNET	51
3.2.1 A tutela da liberdade de expressão	52
3.2.2 A responsabilidade civil dos provedores de aplicações	54

3.2.3 O Marco Civil da Internet e a Constituição	57
3.3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	60
3.3.1 A responsabilidade da rede social	60
3.3.2 Exigência de controle mínimo de cadastro	62
3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS	63
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS REDES SOCIAIS NA INTERNET	65
4.1 A ARQUITETURA VIRTUAL DA INTERNET.....	66
4.1.1 Características e limites da Internet	67
4.1.2 A responsabilidade dos Provedores de Serviços na Internet	70
4.2 A DUPLA NATUREZA DA ATIVIDADE DAS REDES SOCIAIS NA INTERNET E A RELAÇÃO ESTABELECIDADA COM O USUÁRIO	73
4.2.1 Rede virtual de relacionamento e a coleta de informações do usuário	73
4.2.2 Ferramenta virtual de gerenciamento de anúncios e o compartilhamento de informações do usuário	76
4.2.3 A relação jurídica entre usuário e rede social	77
4.3 A TUTELA DA CONFIANÇA DO USUÁRIO E O DEFEITO NO SERVIÇO.....	78
4.3.1 O perfil falso de usuário como defeito no serviço	79
4.3.2 O dever de controle do cadastro de usuário	80
4.4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE DAS REDES SOCIAIS	82
4.5 CONCLUSÕES PARCIAIS	83
5 CONCLUSÕES FINAIS	85
REFERÊNCIAS	88

1 INTRODUÇÃO

O Direito busca adaptar seus institutos na mesma velocidade da evolução das relações humanas com o fim de manter o equilíbrio e harmonia da vida em sociedade.¹ Atualmente, percebe-se o progresso do ordenamento jurídico brasileiro na direção da efetiva tutela dos interesses da pessoa humana, inserida numa sociedade fortemente conformada pelos ditames da produção e consumo em massa e influenciada pelas tecnologias de comunicação e informação, onde a proteção da confiança nas relações se mostra impositiva.

Embora sejam evidentes os benefícios proporcionados tanto pelo oferecimento diversificado de produtos e serviços, como pelo desenvolvimento tecnológico, é preciso ter presente os riscos que acompanham o uso dos sistemas informatizados, dado que, num contexto onde a coleta e armazenamento de informação adquire especial importância, poucos são os esforços empreendidos na segurança dos usuários. Partindo desse ponto de vista, se, por um lado, a arquitetura tecnológica elimina barreiras de espaço e tempo, facilitando a comunicação, por outro, dadas suas características impenetráveis, a pessoa se relaciona de maneira automática e simplificada com os sistemas informatizados, não tendo consciência dos possíveis efeitos dessa relação, pois sua conduta está alicerçada na confiança.

Como exemplo da evolução tecnológica, destaca-se o desenvolvimento e a consolidação da Internet, criando novo espaço de concretização das relações humanas e revolucionando a vida em sociedade. Embora interligada por computadores, a Internet é uma rede de pessoas em que a comunicação entre elas é redimensionada, intensificando a disseminação de informações e conhecimentos através de variados veículos. Percebe-se, assim, que os tradicionais hábitos de convívio são transformados pela comunicação mediada pelo computador, permitindo novas práticas de interação, precipuamente, por meio das chamadas redes sociais.²

¹ “O Direito tem como explicação e objetivo o equilíbrio, a harmonia social. Estivesse o homem sozinho no mundo, como seu primeiro habitante ou seu último sobrevivente e não haveria necessidade de direito, por ausência de possibilidade de interpretação e conflitos de interesses, cuja repercussão na ordem social impõe a regulação jurídica, tendente à pacificação ou, pelo menos, à contenção desses conflitos.” DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil. V. II.** Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 739.

² A adoção intensiva da Internet como parte essencial do cotidiano dos brasileiros vem provocando transformações nos seus hábitos de comunicação e de relacionamento, com destaque para o uso intenso das redes sociais. Os dados da TIC Domicílios indicam que o fenômeno das mídias sociais no Brasil gera reflexos em todas as classes sociais, apresentando elevados índices de adoção, sobretudo, entre os mais jovens. CENTRO DE ESTUDOS SOBRE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no Brasil: TIC Domicílios e Empresas 2012.** São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2013, p. 153. Disponível em <<http://www.cetic.br/publicacoes/2012/tic-domicilios-2012.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

Amplamente disseminadas, as redes sociais na Internet são espaços virtuais onde é possível interagir com outros usuários através de um perfil virtual, composto, basicamente, de uma imagem pessoal e do respectivo nome, qualificando a informação inicialmente anônima. A estrutura das redes de relacionamento social na Internet permite o compartilhamento de preferências e informações pessoais, confirmando uma realidade inédita para o Direito: o espaço virtual torna-se, em larga medida, extensão da vida privada dos usuários,³ exigindo-se, por isso mesmo, o desenvolvimento de instrumentos aptos a garantir a efetiva tutela de interesses dos usuários.⁴

A ausência de informações que geralmente permeiam a comunicação face a face impede que se tenha certeza da autenticidade daquele perfil com o qual se conecta. Nesse sentido, a despeito das dificuldades inerentes à identificação pessoal, a ausência de controles mínimos permite a criação mal-intencionada de perfis de outros usuários da rede social.⁵ Somado a isso, aproveitando-se da velocidade de propagação das informações, é crescente o número de casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas – bem como de apologia e incitação de crimes contra a vida, de pornografia infantil, de racismo, de intolerância religiosa, de homofobia⁶ –, cujos efeitos não se restringem ao âmbito virtual das redes sociais e da Internet, mas refletindo na vida real da vítima.

Desse modo, o objetivo do presente trabalho é determinar a responsabilidade civil das redes sociais na Internet por dano – moral⁷, independentemente do prejuízo material –

³ Nesse sentido: BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. Jurisdição e lei aplicável na Internet: adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet vol.II – Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Cap. 15, p. 461.

⁴ Ricardo Lorenzetti aborda o “paradigma da ancoragem” que significa “estabelecer pontos fixos que permitam a inovação, mas não a insensatez, a hipótese aventureira ou a improvisação. A ancoragem significa estudar as inovações, aceita-las, mas num contexto de valores, de normas claras e de rigor. Tomando como ponto de partida esse paradigma, entendemos que o Direito vigente deve ser visto como um ‘ponto fixo’, uma ‘âncora’ para evitar que o ‘paradigma digital’ aliene-se da enorme experiência adquirida no que toca à hierarquia de valores, a noção de justo e razoável.” LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Tradução: Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 78.

⁵ A título de exemplo, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Recurso Inominado. Ação Reparatória. Criação de perfil falso no *Facebook* em nome da autora. Publicação de fotografias e vídeos pornográficos. Culpa exclusiva de terceiros. Responsabilidade subjetiva da empresa mantenedora, dependente de prova de sua omissão em retirar a página do ar. Dever da vítima de provar a solicitação, com descrição precisa da URL da conta falsa. Caso concreto onde não há comprovação por parte da autora de que realizou a solicitação ao *Facebook* para retirada. Culpa não evidenciada. Danos morais não caracterizados. Sentença reformada. Recurso provido.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado nº 71004626925. Recorrente: Rafaela Nunes. Recorrido: Facebook LTDA. Relator: Des. Cleber Augusto Tonial. Julgado em 26 de fevereiro de 2014.

⁶ Conforme dados disponibilizados pela ONG SaferNet Brasil, que atua no combate ao uso indevido da Internet para a prática de crimes e violações contra os Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.safernet.org.br>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

⁷ Por dano moral entende-se como “a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a

decorrente de conteúdo gerado através de perfil falso da vítima, isto é, por falha não apenas na identificação de usuários mal-intencionados, mas, especialmente, no controle prévio de cadastramento. O foco principal do estudo, sublinha-se, está na tutela da confiança do usuário no serviço prestado pela rede social⁸ quanto a sua incolumidade psicofísica, considerando a relação jurídica estabelecida e ressaltando a função preventiva do instituto da responsabilidade civil. Para tanto, estruturou-se o trabalho em três capítulos principais:

No primeiro capítulo, analisa-se a evolução do instituto da responsabilidade civil decorrente da releitura do Direito Privado à luz dos ditames constitucionais, destacando o valor da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade, afastando-se do entendimento da pessoa como um simples polo da relação jurídica, manipulável por interesses patrimoniais. O intuito é observar as balizas constitucionais no contexto da responsabilização civil pela desconsideração das legítimas expectativas dos usuários das redes sociais.

No segundo capítulo, tendo em vista a harmonia prevista pela Constituição Federal, analisam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor e do Marco Civil da Internet, bem como da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando determinar os compromissos normativos às redes sociais no Brasil, para que sejam, também, espaços de preservação de valores essenciais à dignidade humana. Aproxima-se, assim, da solução que observe, além das características inerentes à tecnologia da Internet e das redes sociais, o equilíbrio entre os direitos fundamentais presentes.

No terceiro capítulo, procura-se descrever e salientar as peculiaridades dos ambientes virtuais de relacionamento, fundamentalmente quanto à coleta das informações disponibilizadas pelos usuários, através da qual será possível qualificar a relação jurídica entre usuário e rede social. Considerando as hipóteses de exclusão de responsabilidade, é estabelecido, ao fim, a responsabilidade civil das redes sociais por dano decorrente de conteúdo gerado por terceiro através de perfil falso.

integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral(honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).” CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

⁸ O *Facebook* Serviços Online do Brasil Ltda. será utilizado como rede social padrão para o trabalho, a despeito da existência de outras semelhantes, mas com utilização e abrangência menores. Desse modo, as referências ao termo “redes sociais” abrangem o *Facebook* e todas aquelas que possuem políticas de uso de dados semelhante. Justifica-se a utilização da rede social *Facebook*, dado que, conforme pesquisa realizada pela Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República em 2014, entre sites, blogs e redes sociais, o *Facebook* é a rede social mais acessada durante a semana, com 63,6% dos entrevistados, seguido pelo Youtube (4,9%), pelo Twitter (1,6%), Instagram (1,5%). Além disso, o *Facebook* foi o mais citado como fonte de informação, atingindo 30,8% dos entrevistados. BRASIL. Presidência da República. Secretaria da Comunicação Social. **Pesquisa brasileira de mídia 2014: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira**. Brasília: Secom, 2014, p.56-58.

2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O desenvolvimento da sociedade em um ambiente influenciado pela evolução científica e tecnológica resulta em maior complexidade das relações sociais, aumentando o entrelaçamento de interesses, desdobrando-se, muitas vezes, em problemas de responsabilização. Nesse cenário, tornou-se importante não apenas a adaptação de antigos conceitos no âmbito do Direito, mas, especialmente, a adoção de mecanismos que promovam a efetiva garantia do equilíbrio das relações.

O presente capítulo pretende destacar a evolução dos fundamentos da responsabilidade civil⁹, superando antigas concepções, tendo em vista a releitura do Direito Civil sob influência da Constituição Federal, voltando-se, assim, para os interesses da vítima do dano.¹⁰ Por fim, considerando a vulnerabilidade da pessoa – e o consequente desequilíbrio de sua relação com sistema virtual de relacionamento na Internet –, procura-se analisar o instituto da responsabilidade civil como instrumento de tutela da confiança diante dos riscos da atual sociedade tecnológica.

2.1 A RELEITURA DO DIREITO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

O interesse público e o interesse privado fundem-se, reclamando a incidência dos valores constitucionais na normativa civil¹¹, de maneira que a repersonalização – e a despatrimonialização – do direito privado, se dá em razão da prioridade dada pela

⁹ José Dias de Aguiar afirma que o instituto da responsabilidade civil “é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de reestabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes”. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil. V. I.** Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 16

¹⁰ Expõe Judith Martins-Costa que “a civilística busca hoje descobrir a pessoa que está por detrás do sujeito de direito titular de um patrimônio, pois a relação obrigacional, conquanto diga respeito, preponderantemente, a interesses patrimoniais, também enseja a tutela de bens da personalidade, inclusive aqueles que são objeto de direitos constitucionais fundamentais.” MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5.

¹¹ A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas em observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público, mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão de terceiros. Gilmar Mendes ressalta a percepção de que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. MENDES, Gilmar Ferreira. **Diretos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2004, p.119.

Constituição aos valores humanos existenciais.¹² Verifica-se, assim, uma limitação à vontade dos particulares, fundamentalmente devido à concretização das diretrizes constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. Em outras palavras, a tutela da autonomia da vontade é relativizada, acentuando a proteção da dignidade da pessoa humana e abandonando a ética do individualismo pela ética da solidariedade.¹³

Coloca-se, dessa forma, o ser humano no centro do Direito Civil, substituindo o patrimônio como foco das preocupações privadas. Não se trata, no entanto, de reconstruir as disposições civis com a redução da proteção das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa: não há uma segregação absoluta entre situações existenciais e situações patrimoniais, mas vincula-se às atividades econômicas a realização de princípios constitucionais.¹⁴ A finalidade não é asfixiar a aspiração econômica, mas, sim, de lhe atribuir nova justificativa, devendo ser encarada como uma nova função para atividade econômica concretamente desenvolvida na realidade social.¹⁵

Nesta seção, procura-se estabelecer um panorama da incidência das determinações constitucionais no âmbito do Direito Civil, para, posteriormente, entender os reflexos nos fundamentos da responsabilidade civil, bem como para examinar os mecanismos de proteção dos interesses presentes nas relações desiguais. Para tanto, serão analisados os seguintes tópicos: (i) a unidade do ordenamento jurídico, justificando a releitura dos conceitos civis na ótica constitucional; (ii) o valor da dignidade da pessoa humana, fundamentando a busca pelo equilíbrio nas relações privadas desequilibradas; e (iii) o princípio da solidariedade social, cuja relevância está na prevenção de prejuízos aos interesses humanos, dada a complexidade da vida social atual.

¹² Ingo Sarlet menciona, como exemplo, os deveres de proteção no âmbito das relações do trabalho e a proteção dos consumidores: “Em tais domínios, manifestam-se, com particular agudeza (como, de resto, em outros casos onde está em causa a tutela de pessoas e grupos socialmente fragilizados e mais vulneráveis mesma na esfera das relações privadas) tanto as questões ligadas aos deveres de proteção dos órgãos estatais e a sua vinculação às normas constitucionais, quanto a questão da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos atores privados propriamente ditos.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 378.

¹³ Nesse sentido: NETO, Eugênio Facchini. A constitucionalização do direito privado. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1, nº 1, 2012, p. 201.

¹⁴ Conforme expõe Anderson Schreiber em: SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20.

¹⁵ Nesse sentido, o STF: “É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere a ninguém, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130/DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Arguido: Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em 30 de abril de 2009.

2.1.1 A unidade do ordenamento jurídico

A despeito da diversidade de fontes e da multiplicidade de normas, o ordenamento deve permanecer único e centrado sobre os valores constitucionais. Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento jurídico nacional constitui “um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente.”¹⁶ É a Constituição Federal a origem comum de todas as normas, conferindo unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico.

Partindo do pressuposto de que a Constituição consubstancia a ordem jurídica fundamental da sociedade – não se restringindo a fixar o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado – converte-se, então, em elemento central de unidade do ordenamento jurídico.¹⁷ Desse modo, o respeito das normas inferiores à Constituição não é examinado somente sob o aspecto formal, considerando o procedimento de criação, mas, outrossim, com base na correspondência aos valores constitucionais e em conformidade com o projeto de sociedade traçado pelo constituinte.¹⁸

O reconhecimento de que os princípios constitucionais são normas aplicáveis – direta ou indiretamente¹⁹ – às relações privadas é indispensável para compreender que o Direito Civil não representa um mundo à parte, um campo jurídico guiado por valores próprios e autônomos, mas se insere no ordenamento jurídico, que é uno e gravita todo em torno da Constituição.²⁰ Tamanho redirecionamento exige que a interpretação jurídica não se limite à fria subsunção da situação fática à norma que a descreve, mas que se comprometa com a

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 202.

¹⁷ Se, por um lado, a Constituição é ordem fundamental do Estado, por outro, é ordem fundamental no sentido de constituir a pirâmide de um sistema normativo que nela encontra fundamento, pois é ela que fixa o valor, a força e a eficácia. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2000, p. 1441.

¹⁸ Nas palavras de Konrad Hesse: “A força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral e objetiva do complexo de relações da vida.” HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 18.

¹⁹ Quanto ao problema da eficácia dos direitos fundamentais, a tendência, segundo Canotilho, é a superação da dicotomia eficácia mediata-eficácia imediata a favor do que chamou de “soluções diferenciadas”. Ou seja, a eficácia deve levar em consideração a pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, conforme o caso concreto. Assim, a procura por soluções deve levar em consideração a especificidade do direito privado, por um lado, e o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global, por outro. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1289.

²⁰ Nesse sentido: SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

aplicação de todo o ordenamento jurídico a cada caso concreto²¹, em uma busca permanente pela máxima realização dos seus valores postos como diretrizes, garantias e direitos fundamentais na Constituição.²²

Importante mencionar, por fim, que, embora se atribua primazia aos princípios e valores constitucionais na interpretação e aplicação das leis infraconstitucionais, somente exercerão sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada. Conforme alerta Humberto Ávila²³, o aplicador “não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese.” Ou a solução legislativa é incompatível com a Constituição, sendo, por isso, afastada, ou ela é compatível com o ordenamento constitucional, não podendo ser simplesmente desconsiderada, como se fosse um mero conselho, que o aplicador tivesse a liberdade de levar em conta como elemento orientador da conduta normativamente prescrita.

Defende-se, portanto, a interpretação que se mostre comprometida com a aplicação de todo o ordenamento jurídico a cada caso concreto, em uma busca permanente pela máxima realização dos valores fundamentais insculpidos na Constituição. Nesse contexto, na próxima subseção, será analisado o valor da dignidade da pessoa humana.

2.1.2 O valor da dignidade da pessoa humana

Da constitucionalização do Direito Civil decorre a migração de valores constitucionais para o âmbito privado, dentre os quais o da dignidade humana²⁴, determinando proteção

²¹ Anderson Schreiber complementa afirmando que o papel do intérprete se transforma radicalmente, deixando de ser a boca da lei, passando a exercer uma interpretação criativa, mas vinculada às escolhas e aos valores do ordenamento, sendo, por isso mesmo, passível de controle, por meio da análise da sua necessária motivação. SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 15.

No mesmo sentido, Fabiano Menke. MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 50, abril, 2004, p. 9.

²² Conforme explica Judith Martins-Costa. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 89.

²³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan-mar, 2009.

²⁴ De acordo com a filosofia kantiana, o homem é um ser racional, que existe como fim em si, detentor de dignidade – atributo da essência humana, de valor interno e que não admite substituição equivalente –, e não como um meio, de valor relativo e condicionado conforme as inclinações e necessidades dos outros homens. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso Editorial: Bacarolla, 2009, p. 265

especial à pessoa.²⁵ Com efeito, a dignidade da pessoa humana representa importante vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento jurídico, precipuamente quanto ao tratamento diferenciado na proteção dos mais frágeis no âmbito de relações desequilibradas.²⁶

Na sociedade de consumo, presume-se vulnerável a pessoa nela inserida. A tecnologia que, muitas vezes, medeia a relação de consumo acaba por intensificar o desequilíbrio fático entre as partes, aumentando a necessidade de preservação e promoção da pessoa humana nas relações privadas. O avanço da tecnologia conduz ao oferecimento de serviços mais complexos, gerando um déficit técnico-informacional, dificultando a escolha consciente, já que, muitas vezes, a pessoa está subordinada a condições de contratação previamente determinadas. Nesse diapasão, não há dúvida de que o fundamento ético-jurídico de proteção da pessoa humana exige do arcabouço jurídico instrumentos que garantam a igualdade nas relações jurídicas, impondo limites ao comportamento dos agentes econômicos de modo a não comprometer a tutela de valores existenciais.

Em sede de responsabilidade civil, o objetivo a ser perseguido é oferecer a máxima garantia à pessoa humana, com prioridade em toda e qualquer situação da vida social em que algum aspecto de sua personalidade esteja sob ameaça ou tenha sido lesado. Assim, proteger o vulnerável em uma relação inerentemente desigual é lutar pela qualidade do relacionamento humano – no que implica respeito pela dignidade do homem e pelo seu poder de autodeterminação – e pela solidária e responsável participação na vida em comunidade.

2.1.3 O princípio da solidariedade social

A metodologia civil-constitucional enfatiza a necessidade de redirecionamento dos institutos jurídicos de direito civil – antes compreendidos como instrumentos de perseguição do interesse particular – à realização de princípios constitucionais, em especial à realização da

²⁵ Nos termos de José Afonso da Silva, “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 105.

No mesmo sentido, Ingo Sarlet: “Sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.” SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 87.

²⁶ Impende registrar a lição de Pietro Perlingieri: “Não existe um número fechado de hipóteses de tutela: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.” PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p 155.

solidariedade social.²⁷ A importância da análise do princípio da solidariedade social reside na promoção da realização da pessoa humana não descurando do equilíbrio das relações sociais.

A solidariedade social consubstancia-se, assim, em um dos principais vetores do direito contemporâneo²⁸, de maneira que as situações subjetivas recebem a tutela do ordenamento se – e quando – estiverem em conformidade não apenas com o poder de vontade do titular, mas, também, em sintonia com o interesse social. E no interesse social “existe sempre a exigência de que atos e atividades não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana.”²⁹ No intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade diante das novas preocupações de ordem social, impõe-se os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, ressaltando o auxílio não apenas ao correto adimplemento da relação obrigacional, mas a densificar a diretriz constitucional da solidariedade social no campo do Direito das Obrigações.³⁰

Como decorrência do princípio da solidariedade, cabe destacar o princípio da prevenção, visando a uma maior reflexão na implementação e na utilização das novas tecnologias como intermediárias das relações humanas. Se, antes, a ideia de prevenção só era considerada em matéria ambiental, hoje, diante da complexidade tecnológica com o qual – e através do qual – as pessoas se relacionam, defende-se uma aplicação mais ampla, devendo ser observada por todos aqueles que detêm o poder de decisão sobre o controle dos riscos.³¹

Do exposto, nota-se a tendência atual de adotar os conceitos civis conectados com os ditames constitucionais, especialmente quanto ao valor da dignidade da pessoa humana e ao princípio da solidariedade social, conformando as relações privadas. Nessa esteira, a próxima seção tem como objetivo analisar os principais reflexos nos fundamentos da responsabilidade civil, pavimentando, assim, o caminho para a devida proteção dos interesses pessoais nas complexas relações estabelecidas através de sistemas informatizados.

²⁷ De todos os campos do direito civil, aquele em que mais claramente se percebe a influência das exigências da solidariedade é o da responsabilidade civil. De fato, a Constituição de 1988 abriu novos caminhos, sobretudo pela inauguração de uma nova tábua axiológica, mais sensível à adoção de uma responsabilidade que, dispensando a culpa, se mostrasse fortemente comprometida com a reparação dos danos em uma perspectiva marcada pela solidariedade social. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20.

²⁸ Ancorando-se na doutrina alemã, Cláudia Lima Marques refere-se a um “direito privado solidário”, isto é, um novo direito privado com função social, voltando-se para o grupo, o conjunto social, o indivíduo na função e no papel de cada um na vida em sociedade. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 24.

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121.

³⁰ Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 49.

³¹ Conforme expõe Maria Celina Bodin de Moraes em: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 256.

2.2 OS REFLEXOS NOS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A funcionalização dos institutos clássicos do direito civil às finalidades superiores consagradas na Constituição Federal é consequência necessária do respeito à unidade do ordenamento jurídico, bem como à hierarquia das fontes. Os reflexos nos fundamentos da responsabilidade civil parte da mudança do foco que, tradicionalmente, recaía sobre o autor do dano, deslocando-se para a vítima, a fim de garantir sua efetiva reparação pelos danos sofridos.³²

A perspectiva constitucionalizada do instituto da responsabilidade civil ganha relevo no contexto atual de desenvolvimento intelectual e de novas aplicações nos campos da ciência, indústria e consumo, representando instrumento capaz de oferecer respostas às complexas indagações presentes no direito dos danos contemporâneo.³³ Observa-se que as necessidades econômicas e sociais da vida moderna obrigaram o legislador a abrir brechas na concepção clássica da responsabilidade fundamentada na culpa. Em determinados casos, o dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto caso se permaneça dentro dos estreitos limites da responsabilidade subjetiva.³⁴

Adota-se, então, a noção de risco que, ao lado da culpa, fundamentará a responsabilidade civil, traduzindo a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade para o chamado modelo solidarista, de raízes constitucionais, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado.³⁵ O enfoque a ser dado está na elaboração da noção ética de responsabilidade a partir da “desresponsabilização” do autor em favor da responsabilização de suas atividades, ultrapassando-se a ideia moral de retribuição para se reconhecer que a relação é ética e se dá com a comunidade, com os outros e com o mundo,

³²Expõe Judith Martins-Costa que “a colocação das relações obrigacionais no plano de uma normatividade axiologicamente orientada constitui exigência da convivência social, colocando limites à perversidade da globalização.” MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 40.

³³ Nesse sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 330.

³⁴ Conforme magistério de Alvino Lima. LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 120.

³⁵ O que se percebe é que a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os segmentos da vida social, dado que o dano infligido a um indivíduo repercute na coletividade e o equilíbrio é o interesse capital da sociedade. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil. V. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 7

tratando-se, então, mais do que sancionar os seus eventuais autores, de remediar e, especialmente, de prevenir os efeitos nocivos decorrentes de certas atividades.³⁶

Posto isto, pretende-se, nesta seção, ressaltar os principais reflexos do fenômeno da constitucionalização do direito civil nos fundamentos da responsabilidade civil, com o objetivo de direcionar o instituto à efetiva tutela dos interesses da pessoa humana no âmbito da relação com as redes sociais na Internet. Em primeiro lugar, dentre as principais funções desempenhadas pelo instituto da responsabilidade civil, procura-se destacar o seu perfil preventivo, vinculando-o com a ideia de segurança. Depois, parte-se para o estudo da evolução das teorias que fundamentam a responsabilidade civil, precipuamente quanto à adoção da teoria do risco como meio de adaptação às exigências da sociedade moderna. O terceiro ponto de análise refere-se à erosão dos filtros tradicionais de responsabilidade, fundamentalmente quanto à flexibilização do nexos causal e a relativização das excludentes de causalidade. Por fim, foca-se no conceito de dano indenizável conforme a teoria do interesse.

2.2.1 A função preventiva da responsabilidade civil

Tradicionalmente, a responsabilidade civil tem como função principal, senão única, garantir a reparação dos danos sofridos, sendo, por isso, reconhecida como uma instituição voltada para o passado.³⁷ Tendo em vista a segurança dos indivíduos na sociedade permeada por sistemas informatizados – onde a simultaneidade e a abrangência de comunicação facilitam, por um lado, a celebração de acordos, mas, de outro, potencializa eventuais danos – e conformada pelos ditames de produção e consumo, mostra-se necessária a atribuição de funções orientadas para o futuro, destacando-se o perfil preventivo da responsabilidade civil, especialmente nos casos em que houver risco de dano grave e, sobretudo, irreversível.³⁸

³⁶ “Já a canônica finalidade de moralização da responsabilidade civil parece ter sido substituída, com vantagens, pela concepção que vislumbra no instituto a presença, e a conseqüente realização, de um dever geral de solidariedade, que se encontra na base do aforismo do *neminem laedere*, isto é, da obrigação de se comportar de modo a não lesar os interesses de outrem.” MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 324.

³⁷ A responsabilidade civil, conforme Caio Mário da Silva Pereira, consiste na efetivação da reparabilidade do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõe o binômio da responsabilidade civil, que então se anuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Para o doutrinador, não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta, dado que, em qualquer circunstância, onde houver subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 11.

³⁸ Nesse sentido, expõe Viney em: VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 55.

Mesmo a concepção clássica do instituto, voltada para a reparação dos danos injustamente sofridos, não está imune aos fenômenos próprios das sociedades civilizadas, nem da evolução do arcabouço jurídico na direção, por exemplo, da tutela de interesses dos considerados vulneráveis. Impende sublinhar, portanto, a necessidade de um instituto apto a coibir ou a desestimular situações potencialmente lesivas, sobretudo quanto à prevenção de dano moral, pois é precisamente no âmbito dos direitos não-patrimoniais – imagem, honra, intimidade, privacidade – que a tutela preventiva revela-se essencial, precisamente pela dificuldade de, após consumada a lesão, obter-se uma justa e adequada reparação.³⁹

Nos casos de dano moral, Carlos Alberto Bittar⁴⁰ ratifica o perfil inibitório da responsabilidade civil, quando o amparo do Direito tem por fim inibir investidas outras de mesma natureza, ou estimular a adoção de técnicas de elisão de acidentes e a formulação de mecanismos de prevenção ou de reparação compatíveis, conforme a espécie de atividade compreendida no caso concreto. Cabe salientar, entretanto, a vinculação feita do traço preventivo à ideia de indenização punitiva⁴¹ nos casos de dano moral. O apoio ao perfil pedagógico-punitivo por parte da doutrina⁴² e da jurisprudência⁴³ tem como foco os casos em que a responsabilização funda-se na conduta culposa ou dolosa do agente, isto é, na

³⁹ Conforme destaca Gilmar Mendes, diante dos termos peremptórios em que se encontra formulado o art. 5º, X, da Constituição, parece evidente que o constituinte não pretende assegurar apenas eventual direito de reparação à vítima. A referência que consta no final do dispositivo – “assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” – somente pode dizer respeito aos casos em que não foi possível obstar, por exemplo, a divulgação ou a publicação de conteúdo lesivo aos direitos de personalidade. E complementa o autor: “Que significaria a garantia de proteção judiciária efetiva contra lesão ou ameaça de lesão a direito se a intervenção somente pudesse se dar após a configuração da lesão? Pouco, certamente, muito pouco”. MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 31, nº 122, abril/junho, 1994, p. 297.

⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 60.

⁴¹ Ideia delineada pela tradição anglo-saxã, denominada *punitive damages*, consiste “na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade da punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deference*), opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consiste no montante de indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.” MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. **Revista CEJ**. Brasília, n. 28, jan.-mar, 2005, p. 15-32.

⁴² Na responsabilidade civil estará presente a finalidade punitiva ao infrator aliada à necessidade pedagógica e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve emprestar. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 11.

⁴³ “A situação descrita nos autos, conforme assentado no Acórdão recorrido, não acarretou maiores consequências na esfera psíquica ou emocional do agravante, de modo que a fixação dos danos morais em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC), cumprem, no presente caso, a função pedagógico-punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1428488/SC. Agravante: RG. Agravado: Banco Bradesco S/A. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgado em 11 de junho de 2014.

imputação subjetiva, não abrangendo os casos em que a conduta do agente é despiciendo, cuja imputação é objetiva.

Dessa maneira, a despeito das discussões doutrinárias em torno da aplicabilidade do *punitive damages* no ordenamento jurídico pátrio, pretende-se desvincular o ideal de prevenção do caráter punitivo da responsabilidade civil, principalmente nos casos em que for possível incentivar a adoção de medidas preventivas de segurança nos serviços prestados, a fim de evitar a ocorrência de danos, observando, assim, a confiança dada pelo usuário.⁴⁴ Justifica-se tal posição pela impessoalidade das relações travadas atualmente, não se podendo, muitas vezes, determinar com quem se relaciona, somente com o quê. Pretende-se, desse modo, aplicar a função preventiva à objetiva atividade exercida, e não à subjetiva conduta de um agente.

Sabendo-se que muitas empresas cujos produtos ou serviços podem causar danos em escala massiva amparam a continuidade das atividades – e dos danos – numa espécie de raciocínio por custo/benefício entre o lucro auferido pela disposição do produto ou serviço no mercado e o custo da indenização a ser paga às vítimas, a previsão de uma multa pecuniária é eficiente fator de desestímulo.⁴⁵ Não se trata de imposição de uma pena nos termos do *punitive damages*, mas de estabelecer uma indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório, levando-se em consideração, além da concreta posição da vítima e a espécie de prejuízo causado, a conveniência de dissuadir o ofensor quanto à adoção de medidas preventivas, podendo ser arbitrado um alto valor, desde que guarde “proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado.”⁴⁶

A exigência de adoção de medidas preventivas adquire especial relevância no âmbito das relações estabelecidas através de sistemas tecnológicos informatizados. Primeiro, porque, qualquer que seja o propósito de utilização de um serviço oferecido por tais sistemas, a relação se dá fundada na ideia da confiança, na medida em que o usuário é apresentado à interface simplificada da tecnologia, desconhecendo o seu modo de funcionamento e, por consequência, os riscos. Segundo, porque a efetivação do dano – bem como a sua extensão –

⁴⁴ A tendência, aponta Judith Martins-Costa, é agregar às funções compensatória e punitiva, a função pedagógica, ou de exemplaridade, de crescente importância nos danos provocados massivamente, seja no âmbito das relações de consumo, seja no dano ambiental ou nos produzidos pelos instrumentos de *mass media*. MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. **Revista dos Tribunais**, Vol. 789, julho, 2001, p. 47.

⁴⁵ Conforme Judith Martins-Costa: MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. **Revista CEJ**. Brasília, n. 28, jan.-mar, 2005, p. 15-32.

⁴⁶ Neste caso, envolve os regimes de responsabilidade resultantes de quaisquer critérios de imputação: subjetiva ou objetiva, seja pelo risco, pela segurança, pela confiança, etc. *Ibidem*, p. 23.

só é possível pelas peculiaridades do próprio sistema, cuja implementação não observou determinados critérios de prevenção que estejam dentro da esfera de controle do prestador do serviço.⁴⁷

Dessa maneira, contrapondo-se aos riscos gerados, a ideia de prevenção vincula-se ao dever de segurança. Ou seja, se há risco de cometimento de algum ato danoso através do serviço informatizado, haverá o dever de segurança no sentido de dispor, com antecipação, de mecanismos impeditivos de atos prejudiciais aos seus usuários. É interesse do prejudicado e da sociedade reestabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano, e, também, preservá-lo, prevenindo contra possível prejuízo. Assim, sob o interesse individual, reclama-se o esforço na preservação da esfera jurídica do lesado e, sob o prisma do interesse coletivo, busca-se resguardar a ordem existente e defender os valores que reconhece como fundamentais na convivência humana, sobretudo, a confiança.⁴⁸

2.2.2 A responsabilidade objetiva e a teoria do risco

A responsabilidade objetiva tem origem no desejo pelo restabelecimento do equilíbrio social rompido, na aspiração de maior harmonia entre interesses que se chocam, na busca pela

⁴⁷ Em relação à segurança dos sistemas bancários, assim decidiu o TJMG: “INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - TRANSAÇÕES FEITAS PELA INTERNET - OBRIGAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM OFERECER SEGURANÇA. A obrigação de ofertar segurança às operações realizadas através da internet não é do correntista, e sim da instituição financeira; A instituição bancária é responsável, objetivamente, pelos danos causados aos seus correntistas pelos serviços por ela prestados; Verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, quando presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil.”

O desembargador relator complementa: “É dever do Banco recorrente utilizar de todos os meios de segurança, bem como prestar as informações adequadas e suficientes para afastar o tipo de golpe noticiado nos autos, pois a atividade exercida fornece ao cliente/consumidor expectativa de confiabilidade e segurança.” MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0024.06.215178-2/001. Apelante: Banco Itaú S/A - Apte(s) Adesiv: Cristiane Campos Monteiro - Apelado(a)(s): Banco Itaú S/A, Cristiane Campos Monteiro. Relator: Exmo. Sr. Des. Mota e Silva. Julgado em 29 de novembro de 2007.

Nesse sentido, também, o TJRS: “DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA VIA INTERNET. RESPONSABILIDADE DO BANCO EM GARANTIR A INVIOABILIDADE DO SISTEMA, OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. (...) O dano extrapatrimonial se verifica no sentimento de insegurança gerado a partir da constatação de incapacidade de o banco em garantir o patrimônio do correntista.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado nº 71001541390. Recorrente: José Pio Teixeira Mendes. Recorrido: Banco Itaú S/A. Relator: Des. Leo Pietrowski. Julgado em 16 de julho de 2008.

⁴⁸ Nesse sentido, José de Aguiar Dias: “É possível observar que, no plano temporal, a prevenção visando a evitar o dano, dá à responsabilidade civil o aspecto de meio relacionado ao futuro, enquanto a restituição lhe atribui um meio ligado ao passado. Entre esses dois termos fica, como contemplação do presente da responsabilidade civil, a manutenção do equilíbrio social, que se afere de acordo com a ordem jurídico-política vigente.” Assim, salienta o autor, o fundamento primário da responsabilidade civil seria o interesse da manutenção do equilíbrio social estabelecido, porque contém os dois elementos.” DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil. V. I.** Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 101.

manutenção da paz social.⁴⁹ Dessa maneira, atendendo às necessidades prementes da vida social e à exigência de proteção à vítima⁵⁰ – assegurando-lhe a reparação do dano sofrido –, ganhou espaço o conceito de responsabilidade sem culpa, nos termos da teoria do risco.

A teoria do risco, embora parta do fato em si mesmo para fixar a responsabilidade, tem raízes profundas nos princípios de justiça e de equidade.⁵¹ Diante da complexidade da vida moderna, caracterizada pela variedade de acidentes anônimos, a vítima passou a sentir uma insegurança absoluta ante a impossibilidade de provar a culpa, em virtude de múltiplos fatores.⁵² Passou, então, a se questionar quem deveria suportar os riscos, se a vítima poderia ser abandonada à sua própria sorte na ausência de qualquer parcela de culpa atribuível ao agente do efeito danoso.

De acordo com Fernando Noronha⁵³, ninguém pode ser obrigado a suportar os danos incidentes sobre si ou sobre o seu patrimônio, desde que tenham sido causados por outrem, ainda que sem qualquer culpa, ou, desde que, em casos especiais, tivessem acontecido em conexão com certas atividades desenvolvidas por outra pessoa. Desse modo, para o princípio do risco, os danos devem ficar a cargo do respectivo causador, ou mesmo da pessoa que desenvolva a atividade, sem exigência de apelar para a ideia de dolo ou culpa. A ênfase, assim, está na causação, ou, em casos especiais, na atividade desenvolvida.

Dentro da ideia central do risco, surgiram várias concepções, que se identificam como verdadeiras modalidades. Sob o prisma da doutrina do risco integral⁵⁴, qualquer fato, culposo ou não, deve impor ao agente a reparação desde que cause um dano. Não se cogita indagar como ou porque o dano ocorreu, sendo suficiente a apuração do dano vinculado a um fato

⁴⁹ DA SILVA, Wilson Melo. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Editora Bernardo Alvares, 1962, p.189.

⁵⁰ “A segurança violada põe-se, no terreno da responsabilidade objetiva, na mesma posição da culpa no âmbito da responsabilidade subjetiva.” MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 399.

⁵¹ “Não é na ilicitude da atividade (indústria, transporte) que se acha o fundamento da responsabilidade e, sim, no risco da atividade mesma”. ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 307.

⁵² Ensina Alvino Lima: “Foi, pois, em nome dessa insegurança da vítima, cada vez mais evidente e alarmante, desta maioria dos indivíduos expostos aos perigos tantas vezes a serviço da cobiça humana; foi em nome das injustiças irreparáveis sofridas pelas vítimas esmagadas ante a impossibilidade de provar a culpa, embora contemplando o esplendor de um princípio lógico, natural e humano, mas incapaz de resolver com justiça, equidade e equilíbrio os problemas criados pelos próprios homens; foi em nome do princípio da igualdade que a teoria do risco colocou a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham as empresas poderosas; foi em nome da fraternidade, da solidariedade humana, pelo afinamento das nossas consciências e desenvolvimento do sentimento de responsabilidade que se ergueu a teoria do risco”. LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 208.

⁵³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 457.

⁵⁴ Trata-se da responsabilidade objetiva agravada na doutrina de Fernando Noronha, inserindo-a no final da evolução do instituto da responsabilidade civil, segundo a qual prescinde a exigência de um nexo de causalidade entre o fato do responsável. Dessa maneira, aqueles fatos de terceiro e casos fortuitos ou de força maior que puderem ser considerados riscos típicos da atividade não excluirão a obrigação de indenizar. *Ibidem*, p. 667.

qualquer para assegurar uma indenização à vítima⁵⁵. A despeito das controvérsias doutrinárias acerca do extremismo da teoria, a jurisprudência a tem defendido em determinadas situações, fundamentalmente quanto ao dano ambiental.

Pela teoria do risco proveito, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo (*ubi emolumentum, ibi onus*).⁵⁶ Em outras palavras, quem guarda os benefícios que sua atividade lhe proporciona, deve, inversamente, suportar os males decorrentes desta mesma atividade. Enfatiza Alvino Lima⁵⁷ que não seria justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima, que não colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia.⁵⁸

Por outro lado, conforme a teoria do risco criado, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos, isto é, a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo. Leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados.⁵⁹ A distinção em relação ao risco proveito é que na teoria do risco criado não se cogita do fato de ser o dano correlativo de um proveito ou vantagem para o agente.⁶⁰ Por certo, supõe-se que a atividade pode ser proveitosa para o responsável, mas não se subordina o dever de reparar ao pressuposto da vantagem.

Analisa-se, desse modo, a atividade do agente, indagando se o dano foi causado em razão dela, para se concluir que o risco oriundo dessa atividade é o suficiente para estabelecer o dever de reparar o prejuízo. Alerta Caio Mário⁶¹ que não cabe levar ao extremo de considerar que todo dano é indenizável pelo fato de alguém desenvolver uma atividade, sendo imprescindível estabelecer a relação de causalidade.

⁵⁵ Nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 281.

⁵⁶ Conforme a doutrina de Sergio Cavalieri. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 129.

⁵⁷ LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960, p. 124.

⁵⁸ Entretanto, a dificuldade está na conceituação de “proveito”. Se proveito tem sentido de lucro, vantagem econômica, a responsabilidade assente na teoria do risco proveito ficaria restrita aos comerciantes ou industriais, restringindo sua aplicação a determinadas classes, retirando-lhe o valor de fundamento da responsabilidade civil. Além disso, Caio Mário destaca que “a demonstração, por parte da vítima, de que o mal foi causado não porque o agente empreendeu uma atividade geradora do dano, porém por que desta atividade extraiu um proveito, é envolver, em última análise, uma influência subjetiva na conceituação de responsabilidade civil”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 282.

⁵⁹ Nesse sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 17.

⁶⁰ A teoria do risco criado, além do exposto, é mais equitativa para a vítima, que não tem de provar que o dano resultou de uma vantagem ou de um benefício obtido pelo causador do dano. Deve este assumir as consequências de sua atividade. PEREIRA, *op. cit.*, p. 284.

⁶¹ PEREIRA, *op. cit.*, p. 289.

Apesar dos conflitos inerentes às diferentes teorias que buscam fundamentar a responsabilidade objetiva, sublinha Sílvio Venosa⁶² que qualquer que seja a qualificação do risco, o que importa é a sua verdadeira essência contemporânea: em todas as situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la. Trata-se da adoção de uma proposição negativa, ou seja, de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima.⁶³

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes⁶⁴, “o fundamento ético-jurídico que dá foros de constitucionalidade, generalidade e eticidade à responsabilidade objetiva em todas as hipóteses em que ela se manifesta é o princípio da solidariedade social”. Isso ocorre com o objetivo de proteger os direitos das vítimas injustamente lesadas, realizando, assim, um verdadeiro compromisso com a solidariedade social. Com tal fundamento, quem suportará o dano causado no contato social não será mais a vítima, mas aquele que gera, com sua atividade, a mera ocasião ou a oportunidade de dano. Para este responsável se deslocará o custo do dano, que poderá ser repartido entre os membros da coletividade através de diversos mecanismos, inclusive o do aumento do preço dos serviços e das atividades em geral.⁶⁵

2.2.3 A flexibilização do nexos causal e a relativização das excludentes de causalidade

Agostinho Alvim⁶⁶ ensina que só há dano ressarcível quando existir a possibilidade de estabelecer uma relação entre a infração cometida por alguém e o dano, que daí se originou. O nexos causal, assim, constitui elemento essencial ao dever de indenizar, só existindo responsabilidade civil se houver relação entre o dano e seu autor. Frente às novas demandas de ressarcimento na sociedade atual, salienta-se a importância adquirida pela determinação do

⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 21.

⁶³ Assim, o fornecedor será responsabilizado caso não consiga comprovar a inexistência de defeito do produto ou serviço. O ônus probatório é do fornecedor. Como observa Sanseverino, não se trata de questão processual de distribuição da carga probatória, mas de manifestação clara da opção feita no sentido de socializar a distribuição dos riscos. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195.

⁶⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 400-401.

⁶⁵ No contexto atual, a Constituição exige a ajuda mútua na conservação da humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos. Este é o fundamento da reparação dos danos pessoais injustamente sofridos, não mais ignorados, ou, antes, suportados solitariamente pela vítima, mas, na lógica da justiça social distributiva, transferidos, sempre que possível, à comunidade. MORAES, *op. cit.*, p. 405.

⁶⁶ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 340.

nexo causal, especialmente nos casos de responsabilidade objetiva⁶⁷, pois o afastamento da necessidade de comprovar a culpa do agente exige absoluta segurança quanto ao vínculo entre determinado comportamento e o evento danoso⁶⁸, a fim de controlar o recrudescimento do número de casos de ressarcimento de danos.⁶⁹

Diante disso, torna-se aconselhável analisar, a despeito das divergências doutrinárias e jurisprudenciais⁷⁰, as principais teorias referentes ao nexo causal – a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade imediata – com o intuito de, ao cotejar virtudes e defeitos de cada uma, justificar a tendência atual de flexibilização causal para garantir, na prática, a reparação às vítimas dos danos. No mesmo diapasão, impende examinar as categorias de exclusão de causalidade – caso fortuito e força maior, a culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro – observando o processo de relativização do poder excludente destes fatores.

Para a teoria da equivalência das condições, existindo várias circunstâncias que poderiam ter causado o prejuízo, qualquer delas poderia ser causa eficiente⁷¹, pois todas têm o mesmo valor, a mesma relevância. Não há necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual delas pode ser apontada como sendo o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo.⁷² Segundo a teoria, o que prevalece é a ideia de que toda condição que contribuiu para o resultado constitui causa, de forma que ele não teria sido produzido se a condição não tivesse ocorrido (condição *sine qua non*). De

⁶⁷ A lei pode ampliar o nexo causal, atribuindo a responsabilidade a quem não causou diretamente o dano, mas é tido responsável pela segurança, ou pela garantia, ou pelo risco. É o que ocorre na chamada responsabilidade objetiva, contemplada no Código de Defesa do Consumidor. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Ação indenizatória: dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: Lopes, Teresa Ancona (Coord.). **Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 308.

⁶⁸ Destaca Orlando Gomes que “o nexo causal pode estabelecer-se entre uma abstenção e um dano, no pressuposto de que aquele que não evita um fato danoso deve ser equiparado, para os efeitos jurídicos, a quem o pratica”. Mas o doutrinador adverte que essa regra não deve ser levada às últimas consequências, só se justificando sua aplicação quando aquele que se abstém, além de poder impedir o dano, estiver compelido a evitá-lo. GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 274.

⁶⁹ O nexo causal deve ser demonstrado, em princípio, por quem o alega, salvo nas hipóteses de inversão do ônus da prova previstas expressamente na lei, para situações específicas. TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Jurídica**, São Paulo, Notadez, nº 296, 2002, p. 7-18.

⁷⁰ “Em que pese a inegável importância do debate acadêmico em torno das diversas teorias da causalidade, em nenhuma parte alcançou-se um consenso significativo em torno da matéria. A observação das decisões judiciais revela que as cortes têm empregado ora uma teoria, ora outra, sem que se possa definir sequer um padrão de julgamento a partir dos diversos precedentes emitidos em um determinado ordenamento”. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 63.

⁷¹ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 345.

⁷² Nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 78.

ampla aceitação na esfera penal⁷³, a teoria da equivalência tem sido criticada por atribuir a determinado dano um número infinito de causas, uma regressão infinita do nexa causal.⁷⁴

Pelo critério da teoria da causalidade adequada, o fato de que resulta a responsabilidade deve ser apto ou idôneo a produzir o dano causado.⁷⁵ É uma questão de probabilidade⁷⁶, bom-senso e ponderação: dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido.⁷⁷ Não há adequação – não havendo, portanto, responsabilidade – quando o dano ocorra devido a circunstâncias extraordinárias que fogem à experiência corrente. O principal argumento contrário à teoria é o excessivo grau de abstração, sendo considerada complexa e imprecisa na determinação em tese, entre as diversas concausas, daquela que deve ser considerada a adequada.

Diante da dificuldade das teorias anteriores na resolução do problema da interrupção do nexa causal, foi desenvolvida a teoria da causalidade imediata. Em sua essência, é preciso que exista, entre o fato e o dano, relação de causa e efeito direta (sem intermediários) e imediata (sem intervalos).⁷⁸ Fundamenta-se na necessidade da causa, afirmando que a causa de um dano pode ser um fato próximo ou remoto, mas que deve estar diretamente ligada a ele. Agostinho Alvim acrescenta que “ela é causa necessária desse dano, porque ele a ela se filia necessariamente; é causa única, porque opera por si, dispensada outras causas.”⁷⁹ As críticas à teoria da causalidade imediata voltam-se, fundamentalmente, ao fato de impedir a indenização por danos indiretos, os chamados “danos por ricochete”.

Percebe-se, do exposto, que nenhuma teoria oferece soluções prontas e acabadas para todos os problemas envolvendo nexa causal, apenas oferecem um roteiro a ser seguido, o

⁷³ A responsabilização do agente encontra-se limitada pela exigência da presença de culpa. Caso contrário, no caso de homicídio, poderia ser responsabilizado até mesmo o fabricante da arma. Os efeitos expansionistas da teoria, explica Gustavo Schreiber, não se verificariam no direito penal, “mas poderiam ser destrutivos no direito civil, onde a responsabilidade se guia por cláusulas gerais, sem a amarra de um princípio da tipicidade.”

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 57.

⁷⁴ Conforme expõe Sergio Cavalieri. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 47.

⁷⁵ Nesse sentido: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156.

⁷⁶ É preciso que intervenha um elemento que permita selecionar a causa efetivamente adequada. Esse elemento seletivo é o juízo de probabilidade. O juízo de probabilidade, ensina Judith Martins-Costa, “deriva da consideração segundo a qual o fato (antecedente necessário) será apto a alcançar a qualidade de causa do evento se, em abstrato, possui idoneidade para provocá-lo.” MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 204.

⁷⁷ Praticamente em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 79.

⁷⁸ Conforme ensina Agostinho Alvim. ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 356.

⁷⁹ ALVIM, *loc. cit.*

raciocínio lógico a ser desenvolvido na busca da melhor solução, sempre sobrando espaço para a criatividade do julgador atento aos princípios da probabilidade, da razoabilidade, do bom-senso e da equidade.⁸⁰ Nesse sentido, observa Sanseverino⁸¹ a possibilidade de conjugação das teorias no plano da prática jurídica, que se volta para a solução de problemas concretos, os quais consistem em estabelecer se determinado fato pode ser considerado causa de certo evento danoso.

Entretanto, a gradual perda de rigor na apreciação do nexo de causalidade pela jurisprudência – com maior ou menor apoio da doutrina – efetivamente assegura às vítimas a reparação dos danos sofridos.⁸² No entanto, a discricionariedade na aferição do nexo de causalidade produz, além de decisões incoerentes, certa insegurança quanto às próprias responsabilidades. Anderson Schreiber⁸³ menciona a “vitimização social”, consequência do tratamento dado ao nexo causal que acaba por estimular pedidos de indenização fundados na desgraça da vítima, e não na possibilidade jurídica de conectar o infortúnio ao sujeito que se considera responsável. Dessa maneira, não obstante a conscientização da necessidade de tutela à dignidade da pessoa tendo em vista a diversidade de interesses e necessidades, e, também, o fato de a responsabilidade recair, geralmente, sobre agente perpetrador de abusos frente ao qual a vítima permaneceria sem proteção na disciplina tradicional da responsabilidade civil, é injustificável a adoção de uma tendência que provoque a erosão da prova do nexo causal no seu papel de filtragem de reparação.

No que tange a análise das causas de exclusão do nexo causal – fatores estranhos à cadeia causal que pode interromper o nexo de causalidade –, serão consideradas as categorias que melhor se enquadram na teoria do risco, que fundamenta a responsabilidade objetiva.⁸⁴ De acordo com a doutrina tradicional, essa impossibilidade ocorre nas hipóteses de caso fortuito ou de força maior, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro.

⁸⁰ Nos termos da lição de Sergio Cavaliere. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 47.

⁸¹ Acrescenta o doutrinador: “A conjugação das teorias mostra-se não apenas possível, como recomendável, pois a noção de causa necessária e adequada, em seu sentido negativo, avaliada com razoabilidade, permite estabelecer um limite jurídico-normativo para a teoria da equivalência dos antecedentes na fixação dos danos indenizáveis”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163.

⁸² Observa Anderson Schreiber que “o que vem sendo apontado como relativização da prova do nexo causal parece legitimar-se por aquilo que já foi denominado como ‘imperativo social da reparação’.” SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 78.

⁸³ *Ibidem*, p. 79.

⁸⁴ Dessa maneira, o presente trabalho não analisará os atos que não constituem ilícito: ato praticado em legítima defesa ou no exercício regular de um direito, bem como o praticado em estado de necessidade.

Em linhas gerais, ao fato inevitável e estranho ao indigitado responsável, que ocasionou sozinho o dano, pode-se chamar de caso fortuito ou de força maior. É todo acontecimento inevitável e independente de qualquer atividade da pessoa de cuja possível responsabilidade civil se cogita, que constitui causa adequada do dano verificado, englobando acontecimentos naturais, como tempestades e enchentes, e as ações humanas não individualizadas, como guerras e assaltos.⁸⁵

Quanto à hipótese de culpa exclusiva da vítima, trata-se de fato atribuível à atuação da própria pessoa que sofreu o dano. Quando a atuação do lesado foi causa exclusiva do dano, explica Aguiar Dias⁸⁶ que não se poderá falar em obrigação de reparar, pois fica eliminada a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso. A culpa exclusiva da vítima é inconfundível com a culpa concorrente, já que, neste caso, a responsabilidade é atenuada em razão da concorrência da culpa, sendo o agente causador do dano condenado, costumeiramente, a reparar pela metade o prejuízo, cabendo à vítima arcar com a outra metade.⁸⁷

Importa destacar, por fim, a excludente do nexo causal por fato exclusivo de terceiro. Trata-se do fato praticado por alguém que não seja nem o lesado, nem a pessoa de cuja possível responsabilização se cogita.⁸⁸ Consoante lição de José de Aguiar Dias⁸⁹, o fato de terceiro há de poder ser atribuído a alguém, o que não quer dizer que se imponha, necessariamente, a sua identificação: “se o dano não pode ser atribuído a alguém, nesse sentido de que se deva a ação humana, estranha aos sujeitos da relação vítima-responsável, não há fato de terceiro, mas caso fortuito ou de força maior.” Fernando Noronha⁹⁰ explica que só será excluída a obrigação de reparar se a atuação não houver determinado ou provocado o fato de terceiro, ou se, também, não houver contribuído para o dano. Se o fato tiver contribuído para o dano, haverá concorrência entre o fato do responsável e outros fatos.

Anderson Schreiber⁹¹ menciona a gradual relativização do poder excludente dos fatores acima mencionados. Na hipótese de caso fortuito e força maior, tem sido acolhida no âmbito jurisprudencial a chamada teoria do fortuito interno, desenvolvida no âmbito das

⁸⁵ Nesse sentido: NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 649.

⁸⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 693.

⁸⁷ Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini; [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 169.

⁸⁸ Ressalvam-se as pessoas por quem o agente responde, tanto no regime delitual (filhos, tutelados, prepostos etc.) como no campo contratual (encarregados da execução do contrato em geral), porque esses não são terceiros, no sentido de estranhos à relação que aqui interessa. DIAS, *op. cit.*, p. 680.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 681.

⁹⁰ NORONHA, *op. cit.*, p. 651.

⁹¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 68.

relações de consumo, com o objetivo de evitar a exclusão da responsabilidade do fornecedor por acontecimentos que, embora imprevisíveis e irresistíveis, se verificam em momento anterior à colocação do produto no mercado. Do mesmo modo, não é raro que certos comportamentos por parte da vítima ou do terceiro, ainda que incompatíveis com os padrões específicos de diligência, sejam considerados inclusos no risco imputável à esfera do responsável por alguma outra razão, como ocorre com o fortuito interno.⁹²

Do exposto, compreende-se que a consequência da flexibilização do nexos causal e da relativização das hipóteses de exclusão – somada à relativa perda de importância da culpa – é a expansão do dano indenizável. Realmente, diante da complexidade das relações sociais permeadas pela artificialidade de sistemas tecnológicos, intensificam-se os conflitos de interesses juridicamente tuteláveis, exigindo o ajuste das tradicionais soluções jurídicas, voltadas ao aspecto patrimonial do litígio, flexibilizando seus institutos de modo a alcançar os aspectos atinentes à subjetividade humana. Por isso, o dano vem, progressivamente, destacando-se na análise jurisprudencial como elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes no amparo à vítima de infortúnios diversos.⁹³ Justifica-se, assim, o estudo, na subseção seguinte, do dano indenizável e a teoria do interesse.

2.2.4 O dano indenizável e a teoria do interesse

Na esteira dos reflexos do fenômeno da constitucionalização do direito civil no instituto da responsabilidade civil, um novo universo de interesses merecedores de tutela veio a dar margem, diante da sua violação, a danos que até então eram desconsiderados. A aplicação direta do valor constitucional da tutela da dignidade da pessoa humana veio abrir

⁹² “Direito processual civil e do consumidor. Recurso especial. Roubo de talonário de cheques durante transporte. Empresa terceirizada. Uso indevido dos cheques por terceiros posteriormente. Inscrição do correntista nos registros de proteção ao crédito. Responsabilidade do banco. Teoria do risco profissional. Excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços. art. 14, § 3º, do CDC. Ônus da prova. - Segundo a doutrina e a jurisprudência do STJ, o fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando tal fato for inevitável e imprevisível. - O roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco não constituiu causa excludente da sua responsabilidade, pois trata-se de caso fortuito interno. - Se o banco envia talões de cheques para seus clientes, por intermédio de empresa terceirizada, deve assumir todos os riscos com tal atividade. - O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC. Recurso especial provido.” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 685662-RJ, Recorrente: Rita de Cássia de Sousa Machado. Recorrido: Banco ABN Amro Real S/A. Rel. Min Nancy Andriahi. Julgado em 05 de dezembro de 2005.

⁹³ “Eis aí a razão pela qual as hipóteses de dano moral são tão frequentes, porque a sua reparação está posta para a pessoa como um todo, sendo tutelado o valor da personalidade humana. Os direitos das pessoas estão, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana, e vem a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 116.

caminho à proteção de outros interesses existenciais – como o dano à integridade psicofísica – e que, há muito, demandavam reparação.⁹⁴

A concepção clássica de dano indenizável é explicada pela teoria da diferença, segundo a qual o prejuízo a ser reparado corresponde à diferença entre o valor atual do patrimônio lesado e aquele que teria caso não tivesse sido afetado pela ocorrência do ato ilícito.⁹⁵ O principal problema da teoria da diferença, conforme adverte Clóvis do Couto e Silva⁹⁶, é a sua natureza estritamente patrimonialista, pois restringe a noção de dano às perdas de natureza econômica causadas pelo patrimônio do lesado, descuidando da existência de prejuízos extrapatrimoniais. De fato, a teoria da diferença mostra-se adequada para estabelecer a medida da reparação de determinados prejuízos patrimoniais, como os danos emergentes, sendo insuficiente, porém, para a completa reparação de prejuízos sem conteúdo econômico, como os danos extrapatrimoniais.

A insuficiência da teoria da diferença estimulou a doutrina a buscar uma teoria mais completa e adequada à noção moderna de dano, isto é, como cláusula geral de seleção de interesses merecedores de tutela em concreto.⁹⁷ A nova teoria, assim, concentra a natureza do dano na ideia de interesse, que tem como pressuposto a noção de bem.⁹⁸ O conceito de bem se identifica com tudo que pode satisfazer uma carência, que advém da falta que uma coisa provoca para a satisfação de uma utilidade ou necessidade humana.⁹⁹ Já interesse, nos termos

⁹⁴ Aponta Maria Celina Bodin de Moraes que, em nossa época, há diversas ocasiões de risco, de perigo, em decorrência não só, mas, também, do acentuado desenvolvimento tecnológico, havendo um real incremento das possibilidades de causação de danos. Numerosas são as situações danosas antes ignoradas, seja pelo ordenamento jurídico, seja pela própria vítima, e hoje tuteladas com fundamento no princípio da dignidade humana, suscitando imprescindível reparação. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 150.

⁹⁵ De acordo com o magistério de Agostinho Alvim. ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 170.

⁹⁶ A primeira oposição à teoria da diferença reside nos casos de reparação *in natura*, pois basta que o devedor da obrigação de indenizar reponha no patrimônio do lesado o mesmo bem que lhe fora suprimido pelo ato ilícito. SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.667, p. 7-16, 1991.

⁹⁷ Anderson Schreiber ensina que “o dano não consiste, em definitivo, na lesão a um interesse tutelado em abstrato, mas na lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela. E tal merecimento de tutela em concreto somente pode ser aferido em comparação com o interesse lesivo, definindo-se a área legítima de atuação de cada interesse tutelado à luz das circunstâncias fáticas em tela. Este caráter dinâmico e concreto do elemento dano mostra-se importantíssimo, sobretudo na responsabilidade objetiva, onde é habitual a colisão de interesses abstratamente tutelados, ao contrário do que ocorre na responsabilidade subjetiva, onde a própria definição de ato ilícito exclui qualquer merecimento de tutela do interesse lesivo.” SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 191.

⁹⁸ Conforme lição de Judith Martins-Costa. MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 106.

⁹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143.

de Paulo de Tarso Sanseverino¹⁰⁰, “é a valoração que determinado bem recebe de alguém, considerando a relação ou posição jurídica de certa pessoa em face dele.” A importância da noção jurídica de interesse, portanto, é que ela determina a amplitude do dano que alguém esteja obrigado a indenizar.

Percebe-se, do exposto, que a teoria do interesse supera as principais objeções em relação à teoria da diferença, abrangendo todas as ofensas que atinjam interesses juridicamente tutelados da vítima do dano, como os direitos de personalidade, que não possuem conteúdo patrimonial. Afasta-se, assim, do modelo clássico patrimonial e individualista, possibilitando a concessão de efetiva tutela jurídica aos interesses existenciais atinentes à pessoa humana, bem como aos interesses difusos e coletivos, atendendo, desse modo, às novas demandas da sociedade contemporânea.¹⁰¹

Entretanto, cabe sublinhar a ponderação feita por Anderson Schreiber¹⁰² no sentido de que o exclusivo recurso nominal ao valor constitucional da proteção da dignidade humana não legitima nem desautoriza pedidos de ressarcimento de danos não patrimoniais. A alusão descomprometida à dignidade humana pode resultar na banalização justamente daquilo que mais se pretende proteger.¹⁰³ Desse modo, repisa-se, é necessário operar de forma mais específica na seleção dos interesses mercedores de tutela. O juízo de merecimento de tutela somente pode derivar de uma análise concreta e dinâmica dos interesses contrapostos em cada conflito particular. Deixa-se, assim, de se perseguir a enumeração de novos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico de forma geral e abstrata, e se passa a definir, em cada caso concreto, o âmbito de prevalência dos diversos interesses contrapostos.¹⁰⁴

¹⁰⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143.

¹⁰¹ Pietro Perlingieri afirma: “No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.” PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121.

¹⁰² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 128.

¹⁰³ Conforme Gerson Branco, em face do incremento de hipóteses da reparação por danos extrapatrimoniais – consequência direta do processo de constitucionalização da responsabilidade civil –, há preocupação com a chamada “indústria do dano moral”. Porém, destaca o autor, “o princípio da confiança e a necessidade de relações sociais mais seguras encontram respostas cuja força é inquestionável”. Por fim, faz referência a decisão do TJRS, na qual afirmou-se: “Se há indústria de ações de dano moral, é porque certamente há abundância de matéria prima.” BRANCO, Gerson Luiz Carlos Branco. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, nº 12, out/dez, 2002, p. 169-225, p. 192.

¹⁰⁴ “Com isso, revela-se uma faceta do dano até então desprezada pela doutrina: a de funcionar como uma espécie de cláusula geral, que permite ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, verificar se o interesse alegadamente violado consiste, à luz do ordenamento jurídico vigente, em um interesse digno de proteção, não

Nesse contexto, diante da aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas – bem como da proliferação de cláusulas gerais no regramento privado –, os interesses dos particulares, vêm, cada vez mais, identificados com normas de enunciado aberto: dignidade da pessoa humana, livre iniciativa, boa-fé objetiva, por exemplo.¹⁰⁵ Simultaneamente, a disseminação de situações lesivas, advindas da evolução tecnológica e das transformações sociais, resulta em uma ampla área não disciplinada por conteúdo específico, de modo que os conflitos de responsabilidade civil se darão no campo de colisão entre normas de conteúdo genérico e abstrato, campo de predominante aplicação da técnica da ponderação.¹⁰⁶

Mesmo a regra de prevalência estabelecida pelo legislador, com pressupostos fáticos precisos, consubstanciada em norma expressa, sujeita-se a uma espécie de ponderação – por força da unidade e coerência do ordenamento jurídico –, realizada através do exame de sua validade à luz da norma constitucional.¹⁰⁷ Consequentemente, o reconhecimento da aplicação das disposições constitucionais nas relações privadas dificultou o raciocínio subsuntivo judicial, já que os magistrados se viram forçados a reconhecer a tutela de interesses aos quais não correspondia um direito subjetivo categorizado.¹⁰⁸

Ratifica-se, dessa maneira, a necessidade de ponderação entre o interesse da vítima e o interesse do agente cuja conduta se afigura lesiva, a fim de determinar aquele merecedor de tutela. Assim, o dano será injusto quando – ainda que decorrente de conduta lícita, mas afetando aspecto fundamental da dignidade humana – não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima permaneça sem ressarcimento.¹⁰⁹

apenas em abstrato, mas, também e sobretudo, face ao interesse que lhe contrapõe.” SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 142.

¹⁰⁵ Fabiano Menke explica que as cláusulas gerais promovem um reenvio a outros espaços do próprio ordenamento jurídico ou a valores existentes dentro ou fora do sistema. Isso, segundo o autor, se dá em razão de sua abertura, que faz com que o intérprete seja obrigado a buscar auxílio em outras fontes axiológicas para fundamentar a sua linha argumentativa. MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 50. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 9.

¹⁰⁶ SCHREIBER, *op. cit.*, p. 151.

¹⁰⁷ “Assim, toda regra sujeita-se não apenas ao controle de validade, mas também a um ‘controle de adequação’ às circunstâncias do caso concreto, tendo em vista as circunstâncias relevantes que foram levadas em conta pelo legislador.” SCHREIBER, *op. cit.*, p. 152.

¹⁰⁸ Como Fabiano Menke observa, à medida que modelos normativos abertos, vagos, carentes de precisão, passam a ocupar espaços destacados no sistema, cresce a importância da interpretação por meio da concreção, ao invés da mera subsunção de conceitos. Na aplicação do direito por meio da concreção, o juiz analisa o caso concreto em toda a sua potencialidade. Não parte apenas da compreensão da norma para perquirir se os fatos colocados em questão nela se encaixam. É inegável, assim, que as cláusulas gerais põem em destaque o papel do juiz, exigindo-lhe empenho e dedicação para a fundamentação de suas decisões. MENKE, *op. cit.*, p. 9.

¹⁰⁹ Complementa Maria Celina Bodin de Moraes afirmando não ser razoável, na legalidade constitucional, estando a pessoa humana posta na cimeira do sistema jurídico, que a vítima suporte agressões, ainda que

Tendo em vista os riscos a que a sociedade tecnológica atual está submetida, o interesse pela segurança assume especial relevo, de modo que a confiança no esforço do prestador de serviço em proteger a incolumidade psicofísica do usuário se torna um bem jurídico a ser tutelado pelo ordenamento.¹¹⁰ Especificamente quanto à relação firmada entre usuário e rede social na Internet, faz-se necessário examinar a maneira como o instituto da responsabilidade civil irá tutelar a confiança no serviço prestado.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL COM FUNDAMENTO NA TUTELA DA CONFIANÇA

Em que pese os benefícios trazidos pela evolução técnico-científica aos diversos segmentos da sociedade humana, a complexidade de seus sistemas acaba por influenciar as relações sociais quanto à segurança dos indivíduos, exigindo a adequação dos institutos jurídicos de modo a garantir o equilíbrio dos interesses presentes. Desse modo, aos riscos carreados pelos sistemas informatizados contrapõe-se o dever de segurança por parte do fornecedor do serviço virtual, a fim de tutelar a confiança depositada pelos seus usuários.¹¹¹

O objetivo desta seção é destacar a necessidade de tutela da confiança do vulnerável no âmbito das relações estabelecidas com as redes sociais na Internet. Para tanto, primeiramente serão analisadas as vulnerabilidades do usuário frente aos sistemas informatizados, destacando o desequilíbrio presente na relação usuário-rede social. Posteriormente, será examinado o dever de proteção oriundo do princípio da boa-fé objetiva, adotando o perfil reequilibrador de relações desiguais. Por fim, estuda-se a intervenção legislativa nas relações privadas na busca pela adequada tutela da confiança.

2.3.1 As vulnerabilidades do usuário

Toma-se a vulnerabilidade como um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses, uma situação permanente ou provisória,

causadas sem intenção nem culpa. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 179.

¹¹⁰ LORENZETTI, Ricardo L. *La oferta como apariencia y la aceptación basada em la confianza*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, Vol. 35, 2001, p.9-38.

¹¹¹ “A confiança se apresenta como fundamento, como finalidade, como postulado ético e como pressuposto de toda e qualquer ordem jurídica que se queira como tal (atuando como verdadeiro cimento da convivência coletiva) e, ademais, como uma necessidade dessa mesma ordem, necessidade que só tende a crescer à medida que as relações se tornam distantes e impessoalizadas.” MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 37.

individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação.¹¹² Na relação estabelecida com a rede social na Internet, destacam-se duas vulnerabilidades do usuário: a primeira, decorrente de déficit de conhecimento em relação ao funcionamento do sistema virtual, a vulnerabilidade técnico-informacional; a segunda, resultante da imposição unilateral das condições de uso do serviço prestado pela rede social, a vulnerabilidade econômico-social.

Diante da complexidade da arquitetura do ambiente virtual de relacionamento – e que se apresenta de forma bastante simplificada perante o usuário –, deve-se levar em consideração justamente esses aspectos ocultos ao usuário, mas que permanecem na esfera de controle do fornecedor. Aspectos esses que não se restringem à própria tecnologia e suas potencialidades, mas, especialmente, quanto ao modo de implementação e suas intenções.¹¹³ Há, desse modo, uma desigualdade técnico-informacional no que se refere tanto à tecnologia empregada, quanto ao modo operação da rede social virtual.¹¹⁴

Não obstante a existência de uma vulnerabilidade técnico-informacional, aquele que deseja utilizar os serviços disponibilizados pela rede social, não dispõe de espaço para negociar os termos e condições de uso, limitando-se a aceitar as cláusulas unilateral e uniformemente predispostas pela empresa gerente do ambiente virtual de relacionamento¹¹⁵, assumindo, assim, o papel de simples aderente, cabendo ao usuário apenas preencher os dados referentes à sua identificação.¹¹⁶ Portanto, limita-se o interessado a aceitar em bloco – muitas

¹¹² Conforme doutrina de Cláudia Lima Marques. MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 117.

¹¹³ Em um contexto de produção e consumo altamente competitivo, as informações referentes a potenciais clientes adquirem especial importância. Assim, muitas tecnologias hoje desenvolvidas voltam-se para a captação das informações de seus usuários, a fim de traçar os mais variados tipos de perfis consumo, facilitando sobremaneira o direcionamento de produtos e serviços a determinados público-alvo.

¹¹⁴ Para Cláudia Lima Marques, trata-se de uma nova vulnerabilidade diante do novo meio de comunicação – livre, veloz e global –, destacando a importância de revisitar as linhas da boa-fé no comércio e adaptá-las ao comércio eletrônico. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 43.

¹¹⁵ Na concepção tradicional de contrato, a relação contratual seria obra de dois parceiros em posição de igualdade perante o direito e a sociedade, os quais discutiriam individual e livremente as cláusulas do acordo de vontade. Na sociedade de consumo com seu sistema de produção e de distribuição em grande quantidade, o comércio jurídico se despersonalizou e se desmaterializou, de modo que os métodos de contratação em massa predominam em quase todas as relações contratuais entre empresas e consumidores. Desse modo, por questões de economia, de racionalização e de segurança, a empresa passou a predispor antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão dos consumidores. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2011, p. 70.

¹¹⁶ Trata-se do chamado contrato de adesão, que, conforme Cláudia Lima Marques, “é aquele cujas as cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o contrato escrito.” *Ibidem*, p. 76.

vezes sem sequer ler – as cláusulas estipuladas, confiando nas empresas que as pre-estabelecem quanto à proteção que esperam lhes seja dada.

Essa confiança nem sempre encontra correspondente nas cláusulas impostas, já que, de regra, são conformadas de modo a realizar exclusivamente os interesses da empresa, garantindo-lhe vantagens a que correspondem, a cargo dos usuários, riscos, ônus e sacrifícios, bem mais gravosos do que aqueles que lhes deveriam caber.¹¹⁷ O usuário, assim, não é livre para contratar ou não contratar, porque quando a adesão aos termos impostos é o único meio de utilizar determinado serviço que é monopolizado por uma empresa – seja pela diferenciação dos serviços prestados, ou pelo número de usuários participantes – trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada.¹¹⁸ Nesse caso, configura-se a vulnerabilidade econômico-social, decorrente da prevalência e abuso da parte mais forte, que encontra, nos contratos de adesão, um meio de expandir e potencializar o exercício de seus poderes.¹¹⁹

Pode-se afirmar, desse modo, que a relação entre usuário e a rede social já nasce desequilibrada. O remédio está na intervenção do legislador¹²⁰ e/ou do Judiciário – tendo a vulnerabilidade como “noção instrumental que guia e ilumina a aplicação das normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa”¹²¹ – ao impor a interferência de elementos externos na intimidade da relação obrigacional, com poder limitador da autonomia contratual, através da previsão da cláusula geral da boa-fé objetiva.

Cumprir avaliar, na próxima subseção, o papel reequilibrador de relações não-paritárias adquirido pela noção de boa-fé objetiva, bem como o dever de proteção que, mesmo não estipulado expressamente, deverá ser observado.

¹¹⁷ Nesse sentido: ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 317.

¹¹⁸ Observa Cláudia Lima Marques que “quem não usa o meio eletrônico é um novo tipo de excluído, um novo analfabeto-cibernético, um ‘excluído digital’, um novo tipo de discriminado da sociedade de consumo e informação”. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72.

¹¹⁹ Mesmo que o consumidor tenha a oportunidade de inteirar-se plenamente do conteúdo contratual, ainda assim poderá vir a aceitar as cláusulas abusivas, seja porque a cláusula esteja redigida de forma a dificultar a compreensão de seu verdadeiro alcance por uma pessoa sem conhecimentos aprofundados, ou porque o consumidor necessita do serviço oferecido, imprescindível, muitas vezes, à vida moderna, ou que se encontra em posição de monopólio de um determinado fornecedor. Assim, ponderando bem os interesses envolvidos e não querendo ficar privado do serviço prestado, o consumidor se submete e adere à vontade poderosa do fornecedor. A desigualdade fática entre os contratantes é flagrante. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2011, p. 157.

¹²⁰ ROPPO, *op. cit.*, p. 327.

¹²¹ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.117.

2.3.2 O dever de proteção segundo o princípio da boa-fé objetiva

A importância da análise do princípio da boa-fé reside no fato de ser considerado o princípio geral das obrigações.¹²² A concepção objetiva da boa-fé, ao impor às partes, um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contraparte, e como uma norma de balizamento ao exercício de direitos subjetivos e poderes formativos¹²³, veio reduzir, gradativamente, os excessos resultantes do liberalismo jurídico, atribuindo coercividade ao propósito de construção de um ambiente relacional marcado pela confiança e pelo respeito aos interesses alheios.¹²⁴

Primeiramente, cumpre verificar a diferença de abordagem do princípio da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. A boa-fé objetiva é, como visto, uma cláusula geral que impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato, isto é, sujeita ambas as partes, e em igual medida, aos padrões objetivos de lealdade e colaboração. Embora tenha sido nesse sentido que o Código de Defesa do Consumidor a incorporou, por conta da finalidade protetiva do código consumerista, a noção de boa-fé objetiva acabou, na prática jurisprudencial, sendo empregada como instrumento de proteção do consumidor, ganhando a atribuição de reequilibrador das relações desequilibradas.¹²⁵

Com o advento do Código Civil em 2002, foi previsto expressamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva às relações contratuais comuns, independentemente de qualquer vulnerabilidade presumida ou demonstrada. Ou seja, nas relações paritárias, reguladas pelo Código Civil, não faz sentido atribuir função reequilibradora à boa-fé, pois não há desequilíbrio a corrigir. Cabe sublinhar, entretanto, o enunciado 167 da III Jornada de Direito Civil, organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça, referente ao artigo 422 do Código

¹²² SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 23.

¹²³ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 42.

¹²⁴ Na lição de Judith Martins-Costa, tem-se a boa-fé como “regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional.” MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 412.

¹²⁵ Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33.

Civil¹²⁶: “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.”¹²⁷ O enunciado afirma, conforme Cláudia Lima Marques¹²⁸, a potencialidade da cláusula geral para estabelecer definitivamente, a exemplo do que já ocorre em matéria de contratos de consumo, uma boa-fé cada vez mais atuante.

Isso posto, cumpre analisar, dentro das funções atribuídas ao princípio da boa-fé¹²⁹, o dever de proteção – anexo à prestação principal e que deve ser prestado independentemente de previsão contratual –, considerando que não é possível estabelecer, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, “porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das circunstâncias concretas do caso.”¹³⁰ Dessa maneira, sublinha-se, o presente estudo se dá no âmbito de uma relação que já nasce desequilibrada, cumprindo à parte mais forte a observância do dever de proteção.¹³¹

Nessa esteira, tem-se como dever de proteção aquele que obriga a parte de uma relação a cuidar para que não sejam causadas lesões ao outro participante, nem na sua pessoa, nem no seu patrimônio.¹³² Dever de proteção – de cuidado, de segurança – que adquire particular importância perante as peculiaridades tecnológicas que permeiam as diversas relações humanas, em especial as relações de consumo, cuja violação, geralmente, resulta em dano não só material, mas moral.

Entretanto, o dever de segurança, expressado de forma genérica, poderia impossibilitar os fornecedores de prestarem seus serviços, dado que não é possível garantir um ambiente totalmente confiável e seguro quando se atua em redes de comunicação abertas e suscetíveis aos mais variados tipos de ataques por terceiros mal-intencionados, como é o caso da

¹²⁶ “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹²⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2007, p. 46

¹²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2011, p. 247.

¹²⁹ A saber: (i) a função de cânone interpretativo dos contratos; (ii) a função restritiva do exercício de direitos; e (iii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 427-428.

¹³⁰ Nos termos de Judith Martins-Costa. *Ibidem*, p. 411.

¹³¹ Os deveres decorrentes da boa-fé são intrinsecamente bilaterais, somente a lei pode transformar essa bilateralidade, impondo o dever de cuidado a um só dos contratantes. É o que o Código de Defesa do Consumidor realizou: o dever de cuidado é dever dos fornecedores, que, descumprindo, leva a sanções e poderá levar à nulidade a cláusula que tentar autorizar esta prática no contrato. MARQUES, *op. cit.*, p. 1135.

¹³² Consoante magistério de Fernando Noronha. NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 471.

Internet.¹³³ Sendo assim, o dever de segurança deve ser interpretado como uma conduta de cooperação exigida sobre a esfera de controle do fornecedor de serviços, isto é, sobre as variáveis as quais possam agir, e não sobre as que escapam à sua capacidade de garantia.¹³⁴

Estabelecidas as balizas dentro das quais deverá ser exigido o dever de proteção daqueles que prestam serviços – no caso, as redes de relacionamento virtual na Internet –, como meio de promover o equilíbrio da relação entre a parte mais forte com a outra vulnerável, pretende-se, na próxima subseção, direcionar a maneira como o ordenamento deverá tutelar o bem jurídico da confiança.

2.3.3 A proteção jurídica da confiança do usuário

Como visto, em um mundo dominado pela tecnologia, as pessoas acabam se relacionando apenas com uma interface informatizada, desconhecendo o seu funcionamento, aderindo, muitas vezes, às cláusulas previamente estabelecidas e confiando na segurança do serviço prestado. Realmente, ao entrar num avião, o passageiro não questiona acerca do correto funcionamento dos equipamentos, nem sobre a capacidade dos pilotos, mas confiará em todo o sistema tecnológico – extremamente complexo e anônimo –, bem como nos profissionais que estão trabalhando para agir conforme o esperado.¹³⁵ O mesmo pode ser dito em relação ao usuário da rede social, que simplesmente adere ao sistema proposto sem questionar sobre as condições de fornecimento do serviço.¹³⁶ A confiança, assim, torna-se um elemento central da vida em sociedade, sendo a base de atuação do indivíduo, impondo-se ao Direito a sua adequada proteção.¹³⁷

¹³³ Nesse sentido: LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Tradução: Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 313.

¹³⁴ Emilio Betti explica que a denominação “responsabilidade objetiva” suscita da visão equívoca de se tratar de um tipo diverso de responsabilidade, vinculada tão-somente ao nexo causal. Na verdade, porém, a imputação do “dano injusto” não é puramente “objetiva”, mas se funda num critério que qualifica o nexo causal, e consiste no fato de que o surgimento do dano não é estranho à esfera de atividade que o sujeito desempenha em proveito próprio, restando assim sujeita ao seu poder de controle e de prevenção. BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1954. V.3, p. 155-156.

¹³⁵ Pondera Ricardo Lorenzetti que não se trata de um problema de negligência, mas de uma necessidade: seria impossível viver, já que um ser racionalmente orientado deveria solicitar informação de cada sistema para atuar. A conduta individual tende a simplificar, reduzindo os custos de transação e de esgotamento psicológico que significaria pretender entender cada um dos sistemas com os quais se relaciona. Desse modo, diminui a racionalidade e aumenta a fé nos sistemas complexos, distantes e abstratos. LORENZETTI, *op. cit.*, p. 282.

¹³⁶ A confiança, desse modo, está na base do funcionamento dos sistemas complexos e é construída fundamentando-se na aparência que é criada. Segundo Ricardo Lorenzetti, o ponto central da criação de valor na Internet é a confiança, uma vez que o usuário não tem meios empíricos ou sensíveis para verificar, mas pode confiar no prestígio de uma marca ou na fiabilidade de um comportamento repetido. *Ibidem*, p. 60.

¹³⁷ Nas palavras de Cláudia Lima Marques: “O Direito encontra legitimidade justamente no proteger das expectativas legítimas e da confiança dos indivíduos”. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio**

Conforme ensina Ricardo Lorenzetti¹³⁸, na relação estabelecida entre usuários e sistemas tecnológicos complexos os conceitos de consentimento e adesão não são suficientes, “haja vista a existência de atribuições de efeitos jurídicos que não estão vinculadas com declaração de vontade expressa, mas sim com comportamentos objetivos aos quais são agregadas consequências pelo ordenamento jurídico.” Em relação ao consentimento, não se está na presença de indivíduos que contratam negociando em paridade, já que os sistemas são instrumentados para a contratação massiva. Quanto à adesão, ainda que existam condições gerais, há um elemento adicional, que é a complexidade do sistema.

O fornecedor não está vinculado por sua vontade, mas pela aparência jurídica criada. No que toca ao usuário, a vontade sucumbe em comparação à confiança despertada ao aceitar os termos do serviço a ser prestado. Dessa maneira, a confiança remodela a declaração de vontade do usuário conforme o significado que o fornecedor poderia e deveria conferir-lhe, levando em consideração todas as circunstâncias, no sentido que a boa-fé lhe possa razoavelmente atribuir.¹³⁹ É preciso, então, que leis imperativas protejam a confiança do usuário não apenas quanto ao vínculo contratual, especificamente quanto à prestação e adequação ao fim que razoavelmente dela se espera, mas, também, à confiança que o usuário deposita na segurança do serviço prestado.¹⁴⁰

Adota-se, então, a concepção social do contrato, segundo a qual não só o momento da manifestação da vontade – consenso – importa, mas principalmente os efeitos do contrato na sociedade.¹⁴¹ À procura do equilíbrio contratual na sociedade tecnológica e de consumo, o Direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.

eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 32.

¹³⁸ LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Tradução: Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 284.

¹³⁹ LORENZETTI, *loc. cit.*

¹⁴⁰ Cláudia Lima Marques afirma que a ideia de proteção da confiança legítima do mais fraco é, hoje, um princípio geral do direito privado. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2011, p. 1202.

¹⁴¹ Conforme explica Cláudia Lima Marques, a teoria contratual clássica foi superada dada a proliferação dos contratos de massa, especialmente dos contratos de adesão, e a consequente limitação à liberdade de contratar. “Ao contrário do que se acreditava, o dogma da liberdade contratual tornou-se uma ficção – em liberdade de um e opressão do outro –, assim como a esperada livre concorrência não foi suficiente para conduzir a resultados aceitáveis.” *Ibidem*, p. 268.

Importante ressaltar, neste ponto, a lição de Cláudia Lima Marques¹⁴² referente à adequada proteção da confiança pela ciência do Direito, exigindo a superação da *summa divisio* entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, revigorando a figura dos deveres anexos da boa-fé objetiva, presentes nas relações sociais mesmo antes da conclusão dos contratos e depois de exauridas as prestações principais. Na verdade, ressalta-se, os deveres anexos estão presentes em todas as relações, mesmo nas extracontratuais, pois são deveres de conduta humana, apenas indiretamente dirigidos à prestação contratual.

Trata-se, portanto, da extensão das intervenções legislativas nas relações privadas – contratuais ou não –, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, seja pela aplicação da cláusula geral da boa-fé, seja pela aplicação de regras contidas na legislação infraconstitucional. Cuida-se do elemento social, representado pela confiança, ganhando em significação, de modo a admitir a responsabilidade de quem, por seu comportamento na sociedade, fez nascer no usuário a justificada expectativa no cumprimento do dever de protegê-lo.

2.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

Busca-se tutelar a pessoa humana definida não apenas por sua abstrata liberdade de firmar vínculos jurídicos, mas como ente dotado de consciência e dignidade, em um espaço de vivência virtual e multidimensional, mas com efeitos na realidade concreta e íntima. Diante da natureza múltipla e dinâmica da vida humana no âmbito de uma sociedade estruturada pelos ditames tecnológicos, a ordem jurídica deve definir princípios de tutela da pessoa humana, bem como lançar mão de mecanismos flexíveis, continuamente ajustáveis às novas realidades e ideias, visando à justa proteção da esfera de direitos – e, por consequência, da confiança – de cada indivíduo.¹⁴³

À vista disso, sob a ótica constitucional, toma-se o direito privado como instrumento de inclusão social, de proteção de determinadas pessoas e grupos na sociedade, de combate a todo tipo de abuso de poder e de toda atuação contrária à boa-fé, impondo-se o caminho pela

¹⁴² MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2011, p. 1203.

¹⁴³ Destacando a importância dos conceitos flexíveis que ensejam concreção, Judith Martins-Costa expõe que “são justamente esses conceitos que permitirão, ao aplicador da lei, visualizar a pessoa concreta em suas concretas circunstâncias, pois o método da concreção é apto para revelar a existência da diversidade entre as fases de que é composto, dinamicamente, o *iter* obrigacional, permitindo assim que a diversidade material que esteja eventualmente na sua base conduza à adoção da tutela jurídica adequada à situação.” MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15.

intensificação dos critérios objetivos de reparação e, fundamentalmente, de prevenção. Daí a necessidade da legislação infraconstitucional (i) promover a harmonização entre as atividades privadas e as disposições constitucionais, (ii) aproximar-se da noção solidária da responsabilidade civil, afastando-se da culpabilidade do autor em favor da responsabilização decorrente dos riscos das atividades objetivamente exercidas, e (iii) relativizar a noção da autonomia da vontade, atendendo à efetiva tutela da confiança da parte vulnerável nas relações jurídicas instituídas.

Portanto, valendo-se do instituto da responsabilidade civil diretamente influenciado pelas diretrizes constitucionais, forte na tutela da confiança do componente frágil da relação através da adoção de critérios objetivos de análise do caso concreto, fugindo da aplicação superficial dos filtros tradicionais de responsabilização, pretende-se, no próximo capítulo, analisar os instrumentos disponibilizados pelo legislador brasileiro para a concreção do reequilíbrio na relação entre usuário e rede social.

3 A TUTELA DA CONFIANÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Tendo em vista o equilíbrio da relação entre usuário e rede social, o presente capítulo tem como objetivo a aproximação do regramento jurídico que estabeleça os contornos da adequada tutela da confiança do usuário no serviço prestado pelo *site* de relacionamento virtual.¹⁴⁴ Parte-se da análise do Código de Defesa do Consumidor, instrumento de tutela da parte vulnerável nas relações de consumo, para, posteriormente, adentrar nos dispositivos do Marco Civil da Internet que busca disciplinar as relações estabelecidas na Internet. Por fim, a análise da jurisprudência atual do STJ – mesmo que anterior à entrada em vigor do Marco Civil da Internet – quanto à responsabilização das redes sociais por conteúdo gerado por terceiro mostra-se importante na medida em que aponta a tendência de interpretação e aplicação da referida lei.

Dessa maneira, para efetuar a aproximação desejada neste capítulo, alguns parâmetros deverão ser observados: (i) o objeto de tutela; (ii) a responsabilidade do provedor de rede social; e (iii) a sintonia da lei com os ditames constitucionais.

3.1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Primeiramente, convém justificar o estudo privilegiado das disposições constantes no Código de Defesa do Consumidor, optando-se pela incidência complementar do Código Civil.¹⁴⁵ Enquanto o Código de Defesa do Consumidor é um instrumento de tutela dos vulneráveis, que busca reequilibrar as relações de consumo desiguais, o âmbito de atuação do Código Civil está na relação entre partes em condições paritárias.¹⁴⁶ Ademais, ao contrário da

¹⁴⁴ A vida em sociedade, afirma Fernando Noronha, “não poderia desenvolver-se harmoniosamente (ou, pelo menos, sem demasiados conflitos) se os mais fracos ficassem sempre à mercê dos mais fortes.” NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 361.

¹⁴⁵ Cabe sublinhar que o Código Civil de 2002 não ficou imune ao desenvolvimento da responsabilidade sem culpa, instituindo no parágrafo único do art. 927 a cláusula geral da responsabilidade objetiva. Além disso, o novo Código Civil brasileiro adotou a técnica das cláusulas gerais, configurando-se em estrutura receptora dos direitos fundamentais, difundindo-os nas relações interprivadas e contribuindo com a construção de uma nova noção de pessoa humana. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 79.

¹⁴⁶ Cláudia Lima Marques ensina que “o Código Civil brasileiro de 2002 deseja ser um Código central e para iguais. Já o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) possui espírito e teleologia que ligam-se a um novo paradigma, o paradigma da diferença, da igualdade dos desiguais, do tratamento desigual para os desiguais, do tratamento de grupos ou plural, de interesses difusos e de equidade. Assim, o CDC continua a regular, com primazia e prioridade, as relações de consumo. As normas do Código Civil de 2002 podem ser aplicadas às relações de consumo como normas gerais, subsidiárias e no que couber, ou quando especificarem sua aplicação ao caso concreto.” MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In: JUNQUEIRA

cultura eminentemente remediadora dos danos causados aos indivíduos – via de regra, irreversível –, que caracteriza o Direito Civil tradicional, o Direito do Consumidor adota o princípio da prevenção dos danos, reconhecendo a necessidade precípua de evitar que venham a ocorrer.¹⁴⁷

É preciso observar, assim, que, no rastro das transformações tecnológicas, outras, de cunho socioeconômico, trazem um amplo espectro de novos produtos e serviços oferecidos no mercado de modo a satisfazer as exigências dos consumidores. Fala-se em Era do Consumo, na qual tudo tem potencial para se tornar mercadoria e onde a pessoa se torna, em alguma medida, consumidora de um produto ou serviço. Jean Baudrillard destaca:

“É legítimo, portanto, afirmar que a era do consumo, em virtude de constituir o remate histórico de todo o processo de produtividade acelerada sob o signo do capital, surge igualmente como a era da alienação radical. Generalizou-se a lógica da mercadoria, que regula não só os processos de trabalho e os produtos materiais, mas a cultura inteira, a sexualidade, as relações humanas e os próprios fantasmas e pulsões individuais. Tudo foi reassumido por essa lógica, não apenas no sentido de que todas as funções, todas as necessidades se encontram objetivadas e manipuladas em termo de lucro, mas ainda no sentido mais profundo de que tudo é espetacularizado, quer dizer, evocado, provocado, orquestrado em imagens, em signos, em modelos consumíveis.”¹⁴⁸

É imersa na esfera do consumo que a Internet adquiriu singular importância, possibilitando, de um lado, a aquisição de produtos e serviços sem sair de casa – afastando qualquer dificuldade referente à distância e, até mesmo, quanto à forma de pagamento –, e, de outro, o direcionamento de anúncios de produtos e serviços a determinados públicos-alvo, ao implementar seus sistemas com foco na coleta de informações de seus usuários. A sociedade de consumo é, também, a sociedade da informação.

Entretanto, nesse mundo virtual onde tudo é consumo e informação, a pessoa se encontrará, em algum momento, em situação de fragilidade concreta nas relações que venha a estabelecer.¹⁴⁹ É diante da vulnerabilidade do usuário – decorrente tanto da relação com a tecnologia implementada no ambiente virtual, quanto da necessidade de adesão ao serviço prestado – que se exige proteção especial pelo Direito, buscando promover a igualização de

DE AZEVEDO, Antonio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 152.

¹⁴⁷ Nesse sentido: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 153.

¹⁴⁸ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 205.

¹⁴⁹ “É certo ter surgido uma nova espécie de consumidor no mercado de consumo – a do consumidor internauta – e, com ela, a necessidade de proteção normativa, já tão evidente no plano da economia tradicional, tornou-se ainda mais pronunciada para esse novo personagem já que ele, aventurando-se por “mares nunca d’antes navegados”, teve a sua vulnerabilidade gravemente acentuada”. DE LUCCA, Newton. Aspectos atuais da proteção aos consumidores no âmbito dos contratos informáticos e telemáticos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet vol.II – Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Cap. 1, p. 27.

uma relação que já nasce desigual. O fundamento para o tratamento diferenciado está, pois, na posição privilegiada do fornecedor, sobretudo em razão de um pressuposto poder econômico e domínio técnico, que corresponderá a uma posição de fragilidade, de subordinação e de exposição do consumidor.¹⁵⁰

Assim, o objetivo desta seção é analisar as normas do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista os parâmetros estabelecidos no início deste capítulo, a saber: (i) o objeto de tutela; (ii) a responsabilidade do fornecedor de serviços; e (iii) a sintonia da lei com os ditames constitucionais.

3.1.1 A tutela da confiança do consumidor

O equilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor¹⁵¹ encontra variados obstáculos frente a uma realidade forjada pela complexidade tecnológica, através da qual o ambiente virtual da Internet surge como novo local de relacionamento social, de consumo e de riscos. A oferta com base na aparência e a aceitação baseada na confiança são conceitos apropriados para a excessiva sofisticação proposta pelas relações eletrônicas, despersonalizadas e virtuais, que acabam por potencializar o desequilíbrio entre as partes, instaurando uma relação que não lhes é familiar.¹⁵²

As normas do código consumerista buscam compensar esta vulnerabilidade perante o fornecedor, voltando-se para a proteção das expectativas legítimas do consumidor. A fim de promover o equilíbrio de uma relação desigual, onde o fornecedor possui posição favorecida em relação ao consumidor em razão de um pressuposto poder econômico mais significativo e, sobretudo, quanto ao domínio técnico e informacional do serviço disponibilizado,

¹⁵⁰ A vulnerabilidade, de fato, deverá ser tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste, de modo que terão precedência os direitos e prerrogativas de determinados grupos considerados frágeis – no caso, os consumidores – e que exigem, por conseguinte, a especial proteção do ordenamento jurídico. DE MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p.119.

¹⁵¹ Segundo os autores do anteprojeto do CDC, o conceito de consumidor adotado pelo Código “foi exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.” Quanto ao conceito de fornecedor, trata-se daquele que propicia a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores. GRINOVER, Ada Pellegrini; [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 26, p.39.

¹⁵² Ricardo Lorenzetti ressalta a importância do desenvolvimento do princípio protetivo no âmbito do que chamou de “economia da informação” e da tecnologia digital. LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Tradução: Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 365.

correspondendo a uma posição de fragilidade e exposição do usuário, uma especial proteção é determinada em relação à confiança do consumidor na segurança da execução do serviço.¹⁵³

Oportuno observar, neste ponto, que o Código do Consumidor apresenta-se como uma filosofia de ação, exatamente porque não se trata tão somente do consumidor, senão da almejada harmonia das relações de consumo.¹⁵⁴ Desse modo, a despeito do tratamento dado à confiança dos consumidores, no que tange ao respeito à sua dignidade, saúde e segurança, tem-se o cuidado com a compatibilização dessa tutela com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.¹⁵⁵

Para tanto, defende-se, na esteira do magistério de Antônio Herman Benjamin,¹⁵⁶ a adoção de um paradigma segundo um padrão de qualidade e segurança que pode ser esperado por todos. Dessa maneira, para proteger apropriadamente a confiança despertada no consumidor, o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual ou o fato ilícito para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação jurídica de consumo, contratual ou não. Busca-se, assim, revigorar os deveres anexos do princípio da boa-fé objetiva, especialmente o de proteção.¹⁵⁷ Na busca pelo padrão de qualidade de produtos e serviços, o Código de Defesa do Consumidor, além de prever o princípio da boa-fé objetiva como linha teleológica de interpretação (art. 4º, III), como cláusula geral (art. 51, IV), positivou uma série de deveres anexos em todo o seu corpo de normas, como, por exemplo, os deveres de informação e proteção constantes no art. 14.

¹⁵³ A confiança, no âmbito das relações de consumo, tem sido considerada como um dos pilares de todo do sistema de responsabilidade civil, mediante a exigência de estabilidade nas relações sociais. BRANCO, Gerson Luiz Carlos Branco. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, nº 12, out/dez, 2002, p. 169-225.

¹⁵⁴ Observa José Geraldo Brito Filomeno que, se é certo que o consumidor é a parte vulnerável nas relações de consumo, não se compreendem exageros nessa perspectiva, a ponto de, por exemplo, obstar-se o progresso tecnológico e econômico. GRINOVER, Ada Pellegrini; [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 60.

¹⁵⁵ Conforme o art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁵⁶ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 153.

¹⁵⁷ Alerta Sanseverino que, em muitos casos, “a forte proteção concedida pelo microsistema do CDC tem servido de escudo para consumidores que, agindo de forma desleal, contrariamente aos ditames da boa-fé, busquem indenizações de prejuízos para cuja produção tiveram decisiva colaboração. Frequentemente, a jurisprudência, ainda que de forma implícita, tem-se utilizado do princípio da boa-fé objetiva para afastar pretensões indenizatórias de consumidores que colaboraram decisivamente com a ocorrência dos prejuízos”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

Desse modo, é possível enxergar dois campos distintos – mas não excludentes – de preocupações no âmbito do CDC.¹⁵⁸ O primeiro campo está centralizado na garantia da incolumidade físico-psíquica do consumidor, protegendo sua saúde e segurança, ou seja, preservando sua vida e integridade contra os acidentes de consumo provocados pelos riscos de produtos e serviços. O segundo campo busca regram a incolumidade econômica do consumidor em face dos incidentes de consumo capazes de atingir seu patrimônio.¹⁵⁹ Portanto, ao exigir um critério de qualidade aos serviços prestados, o código consumerista abarca não apenas a proteção do aspecto patrimonial, mas, especialmente, a tutela da confiança do usuário quanto à segurança de sua integridade física e psíquica.

Do exposto, aponta-se a confiança do consumidor como objeto de tutela do código consumerista, lança mão dos deveres anexos impostos pelo princípio da boa-fé objetiva como meio de proteção. Na próxima subseção, será destacada a responsabilidade do fornecedor decorrente da prestação de serviço defeituoso, isto é, pela insegurança quanto à incolumidade físico-psíquica do consumidor.

3.1.2 A responsabilidade civil do fornecedor por defeito no serviço

Para enfrentar a atual realidade do perfil de consumo – num contexto de amplo e constante desenvolvimento tecnológico e científico, mas, também, de alto risco –, o Código de Defesa do Consumidor desenvolveu um novo sistema de responsabilidade civil para as relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, porquanto a responsabilidade civil tradicional revelara-se insuficiente para proteger o consumidor. Tamanha proteção recuperou a dimensão humana do consumidor, na medida em que o afirma como sujeito, titular de direitos constitucionalmente protegidos.

A responsabilidade do fornecedor, nos termos do código consumerista, está objetivada, isto é, concentrada no produto ou no serviço prestado. Segundo Antonio Herman Benjamin,¹⁶⁰ o sistema de responsabilização proposto pelo Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria da qualidade, segundo a qual produtos e serviços devem oferecer garantia contra: i) os vícios de qualidade por insegurança, tutelando a incolumidade físico-psíquica

¹⁵⁸ Conforme Herman Benjamin: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 139.

¹⁵⁹ Pondera Herman Benjamin que “mesmo quando a atividade do fornecedor provoca danos à incolumidade físico-psíquica do consumidor, reflexamente está atingindo igualmente sua incolumidade econômica, ocasionando diminuição em seu patrimônio. Portanto, na identificação do tipo de esfera – e do regime jurídico – atacada pela atividade do fornecedor, não deve o intérprete buscar um traço exclusivo, e sim o preponderante”. *Ibidem*, p. 140.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 148.

(art. 8º a 17) e ii) os vícios de qualidade por inadequação, levando em consideração o desempenho de produtos e serviços, ou seja, com o cumprimento de sua finalidade (art. 18 a 25). Trata-se, dessa maneira, de verdadeiro incentivo à criação, pelos fornecedores, de meios eficientes de controle de qualidade daquilo que colocam no mercado.

No presente trabalho, preocupa-se com o aspecto moral do consumidor, isto é, com a sua incolumidade físico-psíquica, de modo que é o cumprimento do dever de segurança por parte do fornecedor de serviços que será analisado. Primeiramente, cabe observar que a exigência de um defeito no serviço como pressuposto da obrigação de indenizar, relativiza sua responsabilidade com a ocorrência de um fato antijurídico, a saber, a colocação no mercado de serviço inseguro.¹⁶¹ Como a colocação do serviço no mercado é feita em benefício do fornecedor, este deverá arcar com suas consequências, imputando-lhe o dever de comprovação da inexistência do defeito, de maneira que, não o fazendo, responderá objetivamente pelos danos causados ao consumidor.

Diante da supressão da noção de culpa como pressuposto da responsabilidade civil em sede de relações de consumo, é mister a adoção de um limite de tal modo que o fornecedor não venha a responder pela simples colocação em circulação do serviço, fazendo-se necessária também a incidência de um defeito. Ou seja, não se trata de uma segurança absoluta,¹⁶² mas, ao contrário, concentra-se na ideia de defeito, de falha na segurança legitimamente esperada: o que se requer é uma segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores.¹⁶³

Por expectativa legítima, entende-se aquela expectativa qualificada por uma norma ou princípio tutelando a situação, resultando em uma relação jurídica com direitos e deveres.¹⁶⁴ A expectativa legítima do consumidor deriva da confiança na segurança do serviço prestado, de modo que o Direito, de regra, só atuará quando a insegurança ultrapassar o patamar da

¹⁶¹ Sublinha Paulo de Tarso Vieira Sanseverino que, na responsabilidade por acidentes de consumo, adotou-se, como técnica legislativa, uma fórmula vaga, em termos semânticos, do conceito de defeito. O objetivo, segundo Sanseverino, é abranger a ampla variedade de fatos de consumo que ocorrem na vida em sociedade, ensejando a concretização pelo juiz no julgamento dos casos. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 124.

¹⁶² Mesmo porque o CDC não desconhece ou proíbe que produtos naturalmente perigosos sejam colocados no mercado de consumo. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.384.

¹⁶³ O padrão não é estabelecido tendo por base a concepção individual da vítima do dano, mas a concepção coletiva da sociedade de consumo, ou seja, a expectativa objetiva do grupo de consumidores a quem se destina o serviço. “Tal não quer significar, todavia, que o juiz, para chegar ao quadro geral da expectativa legítima, não considere a situação individual do consumidor-vítima. Só que assim o fará como um dado a mais, entre outros”. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 165.

¹⁶⁴ BRANCO, Gerson Luiz Carlos Branco. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, nº 12, out/dez, 2002, p. 169-225, p. 178.

normalidade e previsibilidade do risco, consubstanciando-se, assim, em verdadeiro defeito.¹⁶⁵ Dessa maneira, a expectativa legítima do consumidor relaciona-se com duas concepções: a normalidade (aspecto objetivo) e a previsibilidade (aspecto subjetivo) do risco.

Restará, assim, excluídos do regime jurídico da responsabilidade por acidentes de consumo do CDC a periculosidade que integrar a zona da expectativa legítima, isto é, quando: a) esteja em acordo com o tipo específico do serviço prestado e b) o consumidor esteja apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende.¹⁶⁶ Cabe mencionar, entretanto, que além dos elementos de valoração estipulados pela doutrina e daqueles expressamente previstos no Código (art. 14, §1º), outros poderão ser utilizados pelo juiz, em face das peculiaridades do caso concreto.¹⁶⁷

Portanto, pode-se concluir que o Código de Defesa do Consumidor visa proteger a confiança do usuário no serviço prestado no que tange, especialmente, a sua incolumidade físico-psíquica. Para tanto, o legislador adotou a teoria da qualidade, exigindo que o serviço prestado observe a segurança que o consumidor legitimamente poderia esperar, sob pena de responder objetivamente. Dado o tratamento diferenciado conferido aos consumidores, na próxima subseção, será analisada a sua relação com as disposições constitucionais.

3.1.3 O Código de Defesa do Consumidor e a Constituição

Atualmente, o direito privado sofre influência direta da Constituição Federal. Conseqüentemente, as relações privadas, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, voltam-se ao atendimento das diretrizes constitucionais. O constituinte brasileiro, atento às peculiaridades da relação de consumo, optou por estabelecer expressamente a defesa do consumidor como direito fundamental (art. 5º, XXXII),¹⁶⁸ bem como princípio da ordem

¹⁶⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 156.

¹⁶⁶ “Presentes esses dois requisitos, a periculosidade, embora dotada de capacidade para provocar acidentes de consumo, qualifica-se como inerente e, por isso mesmo, recebe tratamento benevolente do direito. Vale dizer: inexistente vício de qualidade por insegurança.” BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe, *loc. cit.*

¹⁶⁷ Em relação aos parâmetros estipulados no código consumerista, observa Sanseverino a adequação da técnica utilizada pelo legislador ao não prever critérios taxativos, dada a riqueza das relações de consumo e a imensa gama de atividades desenvolvidas, impedindo que se estabeleça previamente a totalidade das relações que devem ser consideradas como defeituosas. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.128.

¹⁶⁸ Segundo Paulo Lôbo, a dignidade humana não estará assegurada “se a realidade existencial de submissão, no mercado de consumo cada vez mais despersonalizado, não for levada em conta pelo direito. A presunção de vulnerabilidade jurídica impõe ao direito a imensa tarefa de estabelecer o equilíbrio material nas relações de consumo”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 37, jan-mar, p. 59-76, 2001, p. 60.

econômica (art. 170, V, CF), determinando a elaboração de um sistema normativo que garantisse a proteção estabelecida na Constituição (art. 48, ADCT). De origem constitucional, o Código de Defesa do Consumidor constitui uma lei de função social, cuja finalidade é impor uma nova conduta e transformar a própria realidade social.¹⁶⁹

O reconhecimento da fonte constitucional de um determinado direito realizado por meio de norma infraconstitucional determina um status de maior significado em relação às demais normas legais que não possuem esse fundamento constitucional imediato. É nessa acepção que devem ser vislumbradas as características indicadas pelo Código de Defesa do Consumidor em seu art. 1º, onde a determinação do Código como de ordem pública revela um status diferenciado à norma que, embora não a torne hierarquicamente superior às demais, lhe outorga um caráter preferencial.¹⁷⁰ Por outro lado, na medida em que o conteúdo de um direito fundamental de matriz constitucional é realizado, retira-se da esfera da autonomia privada das partes a possibilidade de derrogar tais normas.¹⁷¹

A proteção diferenciada da parte leiga, frágil e insegura encontra fundamento, como visto, na harmonia das relações de consumo, de modo que se deve observar o direito do consumidor também na qualidade de princípio fundamental da ordem econômica (art. 170, V), e não exclusivamente como conteúdo proibitivo ou limitador da autonomia privada, mas igualmente com caráter interventivo e promocional, de efetivação dos preceitos constitucionais que o estabelecem como direito e como princípio.¹⁷² Nas palavras de Bruno Miragem:

“O direito do consumidor também tem claro caráter promocional na perspectiva econômica. Justifica-se não apenas sob o fundamento ético de proteção da pessoa humana na sociedade de consumo, mas também sob o critério da economicidade que orienta o conteúdo da intervenção legislativa do Estado na regulação do mercado. Significa dizer: ao impor deveres jurídicos aos fornecedores, visa ao estabelecimento de um *standard* de conduta que não diz respeito apenas às relações individuais entre consumidores e fornecedores, mas como padrão de qualidade e

¹⁶⁹ Explica Cláudia Lima Marques que “as leis de função social caracterizam-se por impor novas noções valorativas que devem orientar a sociedade, e por isso optam, geralmente, em positivizar uma série de direitos assegurados ao grupo tutelado e impõem uma série de novos deveres imputados a outros agentes da sociedade, os quais, por sua profissão ou pelas benesses que recebem, considera o legislador que possam e devam suportar estes riscos.” MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 68.

¹⁷⁰ MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. Coleção doutrinas essenciais; v. 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 43.

¹⁷¹ A ordem pública indicada no Código revela o caráter cogente da norma, que fica bem marcado no tratamento dado às cláusulas abusivas, fulminadas de nulidade, conforme o art. 51. GRINOVER, Ada Pellegrini; [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 24.

¹⁷² MIRAGEM, *op. cit.*, p. 46.

eficiência do mercado como um todo, gerando efeitos positivos não apenas aos interesses individuais dos consumidores, mas também ao próprio incremento das relações econômicas. É fator com que contribui, pois, com o próprio desenvolvimento econômico.”¹⁷³

Do exposto ao longo desta seção, pode-se observar que: (i) o Código de Defesa do Consumidor busca tutelar as expectativas legítimas decorrentes da confiança do usuário no serviço prestado pelo fornecedor; (ii) a responsabilidade civil do fornecedor por defeito no serviço é objetiva, nos termos do artigo 14; e (iii) o tratamento privilegiado do consumidor tem origem constitucional, conformando a ordem econômica na busca pela harmonia das relações de consumo.

A próxima seção tem como objetivo analisar as disposições do Marco Civil da Internet levando em consideração os parâmetros estabelecidos no início do capítulo com a intenção de compará-las com as conclusões obtidas nesta seção, referentes ao Código de Defesa do Consumidor.

3.2 O MARCO CIVIL DA INTERNET

Mais do que adaptar seus tradicionais institutos à mudança social impulsionada pela evolução técnico-científica, o Direito Privado deve fomentar soluções para novos problemas, tendo como base os princípios e valores consagrados pelo ordenamento, bem como os reflexos nas relações sociais decorrentes do uso abrangente das inovações. Frente ao desenvolvimento da comunicação na rede mundial de computadores, incontroverso é o surgimento de novos interesses e situações jurídicas, exigindo a conciliação das potencialidades tecnológicas, como a abrangência e a rapidez da comunicação, com a complexidade dos direitos fundamentais dos usuários.

Na esteira da necessidade de regulação das relações estabelecidas no meio virtual, no dia 23 de junho de 2014 entrou em vigor a Lei nº 12.965, também chamada de Marco Civil da Internet, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.¹⁷⁴ Trata-se de elogiável iniciativa quanto à disciplina da utilização da Internet no país,

¹⁷³ MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, Vol. 81, 2012, p. 39-88, p. 41.

¹⁷⁴ De acordo com a exposição de motivos à elaboração do Marco Civil da Internet, se faz oportuna a aprovação de uma lei que “viabilize ao Brasil o início imediato de um melhor diálogo entre o Direito e a Internet. Uma norma que reconheça a pluralidade das experiências e que considere a riqueza e a complexidade dessa nova realidade.” BRASIL. Exposição de Motivos nº 00086, de 25 de abril de 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm>. Acesso em: 20 de jul. 2014.

que tem como escopo, fundamentalmente, a preservação e garantia da neutralidade da rede¹⁷⁵ (art. 3º, IV), a proteção da privacidade (art. 3º, II) e a garantia da liberdade de expressão (art. 3º, I). Em que pese a importância dos dois primeiros pontos, o foco do presente trabalho está voltado ao tratamento dado à liberdade de expressão.

Pretende-se, nesta seção, analisar os ditames do Marco Civil da Internet, considerando os seguintes parâmetros: (i) o objeto de tutela; (ii) a responsabilidade do provedor de serviço de rede social virtual; e (iii) a sintonia da lei com os ditames constitucionais.

3.2.1 A tutela da liberdade de expressão

A liberdade de expressão, na qualidade de direito fundamental, é um dos elementos essenciais do Estado Democrático de Direito, adquirindo especial relevância com o advento da comunicação através da Internet. Ressalta-se que foi justamente o livre compartilhamento de ideias e opiniões que deu ensejo ao desenvolvimento de uma estrutura tecnológica que permitisse a interligação entre as fontes de pensamento, ou seja, a liberdade de expressão é característica intrínseca ao nascimento da rede mundial de computadores. O legislador brasileiro atento a isso, estabeleceu a liberdade de expressão como fundamento (art. 2º, *caput*) e princípio (art. 3º, I) da disciplina do uso na Internet no Brasil, bem como determinou a garantia à liberdade de expressão como condição ao pleno exercício do direito de acesso à internet (art. 8º, *caput*).

Da análise da exposição de motivos para a elaboração do Marco Civil da Internet, percebe-se que o tratamento especial dado à tutela da liberdade de expressão – preservando “as conquistas da ampla liberdade de produção de conteúdo pelos próprios usuários, sem a necessidade de aprovação prévia pelos intermediários”¹⁷⁶ – tem como objetivo privilegiar a responsabilidade subjetiva dos servidores de conexão e de aplicações na Internet por danos

¹⁷⁵ Em linhas gerais, a neutralidade de rede visa assegurar a isonomia nas relações de consumo que têm por objeto a transmissão de dados eletrônicos. Conforme expõe Guilherme Magalhães Martins, “a iniciativa do Marco Civil acompanha a tendência atual da União Europeia, tendo em vista a recente aprovação, pelo Parlamento Europeu, de um conjunto de reformas na legislação sobre telecomunicações, definindo e protegendo a neutralidade.” MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. xvii.

¹⁷⁶ “A norma mira os usos legítimos, protegendo e privacidade dos usuários e a liberdade de expressão, adotando como pressupostos o princípio da presunção de inocência, tratando os abusos como eventos excepcionais”. BRASIL. Exposição de Motivos nº 00086, de 25 de abril de 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm>. Acesso em: 20 de jul. 2014.

decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Ronaldo Lemos,¹⁷⁷ defendendo este modelo normativo, menciona uma suposta vulnerabilidade dos provedores de serviços de Internet perante as demandas jurídicas, justificando a adoção de uma série de salvaguardas para haver um equilíbrio entre a responsabilidade dos provedores da Internet e outros valores jurídicos igualmente importantes.

No entanto, os fundamentos utilizados para tutelar a liberdade de expressão dão azo a críticas: os defensores do modelo adotado pelo Marco Civil, como Ronaldo Lemos, apoiam-se na experiência norte-americana, cujo tratamento dado à liberdade de expressão é bastante peculiar, onde, não raro, resulta vitoriosa frente a outros direitos fundamentais, como privacidade, reputação e igualdade.¹⁷⁸ Tal privilégio vai de encontro com a harmonia proposta pelo constituinte brasileiro. Além disso, as justificativas à proteção da liberdade de expressão devem compreender os interesses de quem se manifesta e, também, dos destinatários da manifestação. Ou seja, sob pena de reforçar a desigualdade de uma relação que já nasce desigual – a saber: entre o destinatário da manifestação e provedor de serviço – a lei utiliza o direito de terceiro (direito à liberdade de expressão) para tutelar, no fim, o interesse do intermediário (provedor de serviços na Internet), desconsiderando, ainda, os direitos e interesses do destinatário.

Se o objetivo é tutelar as diferentes espécies de provedores de serviços na Internet – buscando o equilíbrio das relações que se estabelecem no seu âmbito –, o legislador deveria ter levado em consideração as peculiaridades atinentes a cada uma delas, e não se apropriando de um direito de terceiro, e que acaba por refletir na esfera jurídica do usuário. Peculiaridades estas voltadas aos tipos de serviços ofertados, tendo em vista não apenas o possível benefício financeiro, mas, especialmente, a possibilidade técnica de controle, seja do conteúdo, seja do cadastro dos próprios usuários, por exemplo.

O objetivo primordial de tutela da lei, portanto, é a liberdade de expressão. Há um equívoco, porém, na justificativa para tal tutela, justamente porque busca proteger diretamente não o titular do direito, mas o intermediário da comunicação. A próxima subseção analisa os artigos que regulam a responsabilidade civil dos provedores de aplicações na Internet (arts. 18 a 21), a fim de observar o tratamento dado aos diferentes interesses dos participantes.

¹⁷⁷ LEMOS, Ronaldo; SOUZA Carlos Affonso Pereira de; BRANCO, Sérgio. Responsabilidade civil na Internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana. **Revista de Direito das Comunicações**, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 1, jan-jun 2010, p. 80.

¹⁷⁸ Marcelo Thompson destaca a semelhança legislativa à dinâmica constitucional dos Estados Unidos, onde a interpretação da Primeira Emenda à Constituição justifica a grande deferência à liberdade de expressão em assuntos envolvendo a vida privada e a reputação. THOMPSON, Marcelo. Marco Civil ou demarcação de direitos? Democracia e razoabilidade e as fendas da Internet no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012, p. 208.

3.2.2 A responsabilidade civil dos provedores de aplicações

O Marco Civil da Internet trata da responsabilização dos provedores no que tange aos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros (arts. 18 a 21). Quanto ao provedor de conexão, a lei prevê – nos termos do artigo 18 – a não responsabilização civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Diante da ausência de outras disposições legais referentes ao provedor de conexão,¹⁷⁹ presume-se que a lei tenha considerado o provedor de conexão como mero fornecedor de meios físicos para que as conexões sejam estabelecidas, não cabendo, de fato, a responsabilização por conteúdo postado por terceiro.

Em relação aos provedores de aplicações,¹⁸⁰ o art. 19, “com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, determina que a rede social somente será responsabilizada se, após ordem judicial específica, não tomar providências para indisponibilizar o conteúdo apontado como infringente. Realmente, exigir que as redes sociais analisem todo e qualquer conteúdo que possa ser ofensivo ao usuário, poderia, além de inviabilizar os serviços prestados, resultar numa forma de censura prévia, pois ensejaria a remoção de conteúdo potencialmente prejudicial, sem a adequada ponderação.¹⁸¹

Entretanto, critica-se a judicialização de questões que já eram solucionadas por instrumentos mais céleres,¹⁸² impondo um ônus à vítima, que deve provocar o Judiciário para

¹⁷⁹ A lei não aborda o conceito de “provedor de conexão”. O Projeto de Lei do Senado nº 180 de 2014, que altera alguns dispositivos do Marco Civil da Internet, procurou dirimir a ausência conceitual, determinando que provedor de conexão à Internet é a “pessoa jurídica responsável pela transmissão, comutação ou roteamento de dados através da Internet.” BRASIL. Projeto de Lei n. 180 de 2014. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=117646>. Acesso em: 10 out. 2014.

¹⁸⁰ Do mesmo modo, o Marco Civil da Internet não determina o conceito de “provedor de aplicação”. Entende-se, no âmbito do presente trabalho, que as redes sociais na Internet são espécies de provedores de aplicações. O Projeto de Lei do Senado nº 180 de 2014, que altera alguns dispositivos do Marco Civil da Internet, procurou dirimir a ausência conceitual, determinando que provedor de aplicação da Internet é a “pessoa jurídica responsável pelo desenvolvimento de aplicação na Internet.” BRASIL. Projeto de Lei n. 180 de 2014. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=117646>. Acesso em: 10 out. 2014.

¹⁸¹ Pode-se pensar, por outro lado, nos casos de flagrante violação a direitos, como, por exemplo, divulgação de imagens contendo pornografia infantil, que poderiam ser mais facilmente identificados e controlados. Guilherme Magalhães Martins defende a tese de que, em regra o provedor não é responsável, mas pode vir a ser imputado, caso tenha tido a oportunidade de valorar a possível ilegalidade no conteúdo da informação ou sua danosidade para terceiros. MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 294.

¹⁸² “Em plena era dos meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, o Marco Civil judicializa questões que já se encontravam resolvidas através de outros instrumentos mais ágeis, como os termos de ajustamento de conduta (TACs)”. MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. xviii.

requerer a retirada do conteúdo ofensivo. Além disso, como destaca Marcelo Thompson¹⁸³, não há justificativa para, mesmo nos casos de incertezas, os provedores de aplicações (especificamente, as redes sociais) quedarem, em quaisquer situações, inertes e alheios à gravidade das violações que suas atividades instrumentam e acabam por potencializar a extensão do dano, uma vez que o conteúdo ficará mais tempo disponível na rede.¹⁸⁴

Cabe indagar: nos casos de dano à honra do usuário, por exemplo, deve-se esperar a tutela jurisdicional para prevenir a difusão continuada do conteúdo, que, no mais das vezes, se dá pela criação de perfil falso do usuário, que é tecnicamente passível de estabelecer um controle prévio?¹⁸⁵ Embora haja previsão, no §3º do art. 19, para que, nos casos de danos à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, as causas sejam apresentadas em juizados especiais,¹⁸⁶ processualmente mais céleres, a abrangência e a velocidade de propagação do conteúdo no âmbito das redes sociais (e da Internet) acabam por tornar, a cada minuto, mais gravoso o dano. Inclusive, é a ciência dessas peculiaridades das redes sociais que, nos casos de danos através de divulgação de imagens privadas, não raro, acabem em suicídio.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Ellen Gracie¹⁸⁷, abordando a proteção à honra, reforçou seu posicionamento utilizando a metáfora: “a busca tardia pela reparação da honra injustamente ultrajada” corresponde ao “esforço de reunir as plumas de um travesseiro, lançadas do alto de um edifício.” Marcelo Thompson,¹⁸⁸ criticando a normativa prevista no Marco Civil da Internet, complementou: “É o soprar dessas plumas pelos ares inóspitos da ilicitude – ares que vão aos poucos minando as garantias trazidas por

¹⁸³ THOMPSON, Marcelo. Marco Civil ou demarcação de direitos? Democracia e razoabilidade e as fendas da Internet no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012, p. 233.

¹⁸⁴ Necessário destacar que, mesmo após notificação judicial, há casos em que as redes sociais permanecem inertes: “Apelação. Consumo. Facebook. Perfil Falso. Configura injustificável resistência a inércia do provedor após notificação extrajudicial e em juízo, preferindo arguir ilegitimidade passiva e pugnar pela improcedência do pedido, vindo a cumprir a obrigação imposta por decisão antecipatória dos efeitos da tutela somente após a sentença. Sucumbência bem caracterizada. Recurso a que se nega seguimento.” RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0023275-56.2013.8.19.0021. Apelante: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Apelado: Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora Rio. Relator: Des. Roberto Guimarães. Julgado em: 21 de jun. de 2014.

¹⁸⁵ Como bem observa Marcelo Thompson, “entre achar um advogado, negociar seus honorários, descobrir quem de fato é o provedor e onde está estabelecido, ter uma petição redigida, ajuizada, obter uma ordem judicial, enviar uma carta precatória para São Paulo ou uma carta rogatória para Londres para fazer cumprir a ordem, notificar o réu e este, dentro de período razoável, tornar o conteúdo indisponível, o conteúdo já foi reproduzido por um, por outro, por centenas de sites na internet. Uma nova ordem deve ser obtida contra cada um e, até lá, todo o mundo já viu a nudez de Carolina.” THOMPSON, *op. cit.*, p. 213.

¹⁸⁶ Podendo o juiz, nos termos do §4º, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida na inicial.

¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Arguido: Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em 30 de abril de 2009.

¹⁸⁸ THOMPSON, *op. cit.*, p. 212.

nossas instituições democráticas – o que o Marco Civil inadvertidamente promove. E o faz sob o fundamento de tutelar a liberdade de expressão.”

Afastando a exigência de notificação judicial nos casos de violação da intimidade por divulgação não autorizada de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, o art. 21 do Marco Civil adota a doutrina do *notice and take down*,¹⁸⁹ ao exigir a comunicação do usuário para que se efetue a retirada do conteúdo pela rede social, sob pena de responsabilização subsidiária. Por um lado, o uso desse mecanismo, estimulando uma solução imediata em sede extrajudicial, afigura-se muito positivo quando o conteúdo veiculado é manifestamente ilegítimo, mas pode converter-se em instrumento de abuso diante de manifestações legítimas da liberdade de expressão.

No entanto, a principal crítica ao uso da doutrina do *notice and take down* reside no dano eventualmente sofrido durante o período anterior à notificação, estabelecendo uma espécie de imunidade aos gestores de sites nesse espaço de tempo. A rigor, o prejuízo sofrido antes da notificação poderia ser buscado contra o criador do perfil falso, porém, tal sujeito é quase sempre anônimo e nem mesmo a identificação do computador de onde partiu o ato poderá ser suficiente para identificá-lo. Assim, conforme observa Anderson Schreiber,¹⁹⁰ embora preserve o dever de indenizar do criador do perfil falso, o uso do *notice and take down*, na prática, irá se revelar insuficiente para a adequada reparação do dano sofrido.

Cabe sublinhar, ainda, a ótica patrimonialista da lei, ao condicionar, nos casos de infrações a direitos autorais e conexos, a exigência de ordem judicial do art. 19 à previsão legal específica (art. 19, § 2º). Conforme expõe Guilherme Magalhães Martins¹⁹¹, o Marco Civil da Internet, “paradoxalmente, consagra a prevalência das situações patrimoniais sobre as existenciais, caso em que a responsabilidade do provedor em face das vítimas depende de uma prévia notificação judicial, o que não se aplica, portanto, ao titular do direito autoral.” Tal tratamento significa inverter os valores fundamentais estabelecidos pelo constituinte, afrontando a dignidade da pessoa humana, em nome de uma proteção da liberdade de expressão que não pode ser absoluta.¹⁹²

Do exposto, pode-se observar que o Marco Civil da Internet: (i) estabelece a responsabilidade subjetiva dos provedores de aplicações ao determinar a retirada de conteúdo

¹⁸⁹ Consagrada no *Digital Millennium Copyright Act*, a doutrina norte-americana do *notice and take down* foi concebida para lidar especificamente nos casos de conflito de natureza autoral, isentando o provedor de responsabilidade quando atender prontamente à notificação do ofendido para a retirada do material impróprio. SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 225.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 226.

¹⁹¹ MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. xx.

¹⁹² Por isso, Guilherme Magalhães Martins afirma ser o art. 19, §2º eivado de inconstitucionalidade material. MARTINS, *loc. cit.*

somente após ordem judicial ou extrajudicial; (ii) ao disciplinar a responsabilidade dos provedores, observa apenas o critério de verificação de conteúdo gerado por terceiro, afastando-se da possibilidade de controle cadastral por intermédio dos filtros que o próprio provedor administra; (iii) desconsidera o potencial lesivo que os próprios provedores de serviços instrumentam e viabilizam, afastando-se de qualquer hipótese de precaução de danos¹⁹³, especialmente no caso de controle de cadastro de perfil falso de usuário da rede social; e (iv) generaliza a caracterização dos provedores de aplicações, não se atentando às particularidades de diferentes modalidades, desconsiderando qualquer possibilidade de diferentes classificações tendo em vista as funcionalidades técnicas, e, fundamentalmente, os objetivos do serviço prestado.

Assim, pelo regramento estabelecido pelo legislador¹⁹⁴ mesmo que a rede social detenha meios técnicos para controlar o cadastro de perfis falsos, não há qualquer exigência de exame e controle prévios, dando atenção compatível com a seriedade dos direitos cuja tutela se busca. O Marco Civil da Internet, nas palavras de Guilherme Magalhães Martins¹⁹⁵, “ameaça conquistas alcançadas de maneira gradual, em detrimento do interesse público, especialmente em matéria de responsabilização dos provedores, onde se visualizam hoje os maiores problemas decorrentes dos vícios e acidentes de consumo nas redes sociais virtuais.”

Diante do tratamento dado à tutela da liberdade de expressão pelo Marco Civil da Internet, cumpre ponderá-lo à luz da Constituição Federal.

3.2.3 O Marco Civil da Internet e a Constituição

A despeito da elevada consideração que se deva dar à liberdade de expressão, o Marco Civil da Internet acaba por priorizá-la frente a outros direitos fundamentais, independentemente das peculiaridades do caso concreto. O legislador desconsiderou a fonte de conflitos que a Internet representa, e, especialmente, a realidade constitucional brasileira, onde todos os direitos em conflito deverão ser ponderados em igualdade de condições. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, do STF:

¹⁹³ Embora a própria lei, no art. 7, I, busque assegurar, como direito dos usuários, a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

¹⁹⁴ Regramento que, nas palavras de Marcelo Thompson, é a “dinâmica da irresponsabilidade civil” dos provedores. THOMPSON, Marcelo. Marco Civil ou demarcação de direitos? Democracia e razoabilidade e as fendas da Internet no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012, p. 215.

¹⁹⁵ MARTINS, MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p.xx.

“É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delineie, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.”¹⁹⁶

Dessa maneira, é preciso observar as balizas impostas pelo constituinte quanto ao exercício do direito fundamental à liberdade de expressão. Nesse sentido, dispõe o art. 220, *caput*, da Constituição Federal¹⁹⁷ que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto na própria Lei Maior.¹⁹⁸ Serão observadas, em linhas gerais, as restrições constitucionais quanto (i) ao anonimato das manifestações (art. 5º, IV) e (ii) à inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X), ressaltando a necessidade de adoção mecanismos preventivos também no âmbito virtual.¹⁹⁹

Quanto à vedação ao anonimato, José Afonso da Silva destaca o ônus da liberdade de manifestação de pensamento, que é o de manifestamente identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiro.²⁰⁰ Segundo o Supremo Tribunal Federal, o veto constitucional ao anonimato busca impedir a consumação de abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, dado que, ao se exigir a identificação de quem se vale dessa prerrogativa,

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Arguido: Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em 30 de abril de 2009.

¹⁹⁷ E acrescenta, nos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo, que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII, XIV”, e que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

¹⁹⁸ Conforme Gilmar Mendes, ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (art. 5º, X, CF), deixando entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. MENDES, Gilmar Ferreira. **Diretos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.35.

¹⁹⁹ Entre os direitos de personalidade que mais padecem de agressões na Internet está o direito à honra, pois a arquitetura de funcionamento da rede digital propicia sérios obstáculos a uma satisfatória tutela, seja pela dificuldade de encontrar o autor do ilícito, seja pela necessidade de celeridade para esse tipo de questão, em razão do massivo alcance da informação. 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 terceiros. In: MIRANDA, Jorge; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato Fruet (org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p.227.

²⁰⁰ Não raro, a manifestação de pensamento atinge a esfera jurídica de outras pessoas, às quais detém o direito, também fundamental, de resposta e à indenização, nos termos do art. 5º, V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 245.

visa-se a possibilitar que eventuais excessos, derivados da prática do direito à livre expressão, sejam tornados passíveis de responsabilização tanto na esfera civil, quanto no âmbito penal.²⁰¹

Na esteira da necessidade de identificação daqueles que se manifestam no mundo virtual, o Marco Civil da Internet estabelece que o provedor de aplicações – que utilize a atividade profissionalmente e com fins econômicos – deverá manter os registros de acesso a aplicações, sob sigilo e segurança, pelo prazo de 6 meses (art. 15, *caput*). Com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, a parte interessada poderá requerer ao juiz que ordene ao responsável o fornecimento dos registros de acesso a aplicações de Internet (art. 22, *caput*).

Além da vedação ao anonimato, a observação de parâmetros, dentro os quais sobressaem, por seu relevo, os direitos de personalidade, como os pertinentes à incolumidade da honra e à preservação da dignidade humana representam limitações constitucionais à liberdade de expressão. Conforme destaca o Ministro do STF, Celso de Mello:

“Tenho por irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasam, abusiva e criminosamente, o exercício ordinário da liberdade de expressão e de comunicação, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal ou de ilicitude civil.”²⁰²

É preciso observar, assim, que a liberdade de expressão interage com tantos outros direitos e de formas tão variadas que não há como esperar que uma única fórmula pudesse dar conta de todo o complexo de situações conflitivas surgidas no meio social²⁰³ e, especialmente, no meio social virtual. Qualquer outro valor abrigado pela Constituição pode entrar em conflito com a liberdade de expressão, exigindo sopesamento, para que, atendendo ao critério de proporcionalidade, descubra-se, em cada caso concreto, qual direito deve sobrelevar.²⁰⁴

²⁰¹ Nas palavras do Ministro do STF, Celso de Mello, a cláusula que proíbe o anonimato “traduz medida constitucional destinada a desestimular manifestações abusivas do pensamento, de que possa decorrer gravame ao patrimônio moral das pessoas injustamente desrespeitadas em sua esfera de dignidade, qualquer que seja o meio utilizado na veiculação das imputações contumeliosas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24369. Impetrante: Conselho Federal de Farmácia. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator : Min. Celso de Mello. Julgado em 16 de outubro de 2002.

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Arguido: Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em 30 de abril de 2009.

²⁰³ Nesse sentido: FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 21.

²⁰⁴ Corroborando com esta ideia, o STF afirmou que “as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82424/RS.

Pode-se perceber, dessa maneira, que a proteção dada à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet contraria a harmonia estabelecida na Constituição. E somente a Constituição detém o poder de estabelecer restrições a um direito fundamental.

Ao retomar o exposto na presente seção, conclui-se que: (i) o Marco Civil da Internet busca tutelar os provedores de aplicações dando preferência à liberdade de expressão em prejuízo a outros direitos fundamentais; (ii) a responsabilidade do provedor de serviço de rede social virtual é subjetiva, verificável somente após o recebimento de notificação judicial ou extrajudicial; e (iii) a lei não está em sintonia com a harmonia entre os direitos fundamentais estabelecida na Constituição Federal. Cotejando-se tais conclusões com aquelas alcançadas na análise da seção anterior, entende-se que a adequada tutela da confiança daquele que se encontra em posição vulnerável em relação à outra parte se dará com a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Na próxima seção, será analisado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à responsabilidade dos provedores de serviços na Internet, a fim de apontar possíveis tendências na aplicação do Marco Civil da Internet.

3.3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em que pese a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça analisada no presente trabalho ser anterior à entrada em vigor do Marco Civil da Internet, o seu estudo justifica-se na medida em que aponta tendências de interpretação e aplicação da lei.²⁰⁵ Assim, a presente seção tem como objetivo destacar os parâmetros utilizados pelo Tribunal na determinação da responsabilidade das redes sociais, bem como o entendimento quanto à exigência de controle de identificação de usuários.

3.3.1 A responsabilidade da rede social

A jurisprudência do STJ estabelece a responsabilidade das redes sociais – e das outras espécies de provedores de serviços na Internet – seguindo a divisão clássica estabelecida pela

Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 17 de setembro de 2003.

²⁰⁵ No presente trabalho, tem-se como decisão paradigma o Recurso Especial nº 1.193.764-SP, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, julgada no dia 14 de dezembro de 2010, que serviu de base para as demais decisões, seja no âmbito do próprio Tribunal, como nos Tribunais de Justiça estaduais.

doutrina²⁰⁶, cujo parâmetro de diferenciação está na possibilidade de controle prévio do conteúdo postado pelos usuários. Desse modo, mesmo que configurada a relação de consumo, a responsabilidade da rede social deverá ficar restrita à natureza da atividade por ela desenvolvida, que corresponde à provedoria de conteúdo, apenas disponibilizando no ambiente virtual as informações encaminhadas por seus usuários, devendo garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários, bem como o funcionamento e a manutenção das páginas na Internet que contenham as contas individuais.

A fiscalização prévia do teor das informações postadas por cada usuário no ambiente virtual não é atividade intrínseca ao serviço prestado pela rede social. Justifica o Tribunal que a verificação antecipada do conteúdo de todas as informações inseridas “eliminará – ou pelo menos alijaria – um dos maiores atrativos da Internet, que é a transmissão de dados em tempo real, sobretudo no caso dos *sites* de relacionamento social, que pressupõem disponibilização instantânea dos *posts*.”²⁰⁷ A rede social somente seria responsabilizada nos casos em que deixasse de retirar o material imediatamente²⁰⁸ ao ser comunicada de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, em virtude da omissão praticada.²⁰⁹

Em que pese a utilização de uma classificação dispondo de maior número de modalidades de provedores de serviços – lembrando que o Marco Civil da Internet dividiu apenas em provedores de conexão e de aplicações –, o problema a ser enfrentado permanece na caracterização das espécies dentro do mesmo gênero para estabelecer diferentes graus de exigências e, por consequência, de responsabilidades.²¹⁰ Ou seja, mesmo que os provedores

²⁰⁶ Será abordada no próximo capítulo, na seção 3.1.2.

²⁰⁷ Segundo o STJ, o controle editorial prévio do conteúdo das informações se equipara à quebra do sigilo de correspondência e das comunicações, vedada pelo art. 5º, XII, da CF/88. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.193.764-SP. Recorrente: IP DA SB. Recorrido: Google Brasil Internet LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 14 de dezembro de 2010.

²⁰⁸ Importante destacar o que o STJ entende por “imediatamente”: “Note-se, por oportuno, que não se está a obrigar o provedor a analisar em tempo real o teor de cada denúncia recebida, mas que, ciente da reclamação, promova em 24 horas a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações e, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.323.754 -RJ. Recorrente: Google Brasil Internet LTDA. Recorrido: Grasielle Salme Leal. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 19 de junho de 2012.

²⁰⁹ Neste ponto o entendimento do STJ deverá mudar, pois não bastará mero pedido extrajudicial da vítima para retirada do conteúdo, sendo necessário ordem judicial. Como visto, somente nos casos de violação da intimidade decorrente da divulgação sem autorização de imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, será exigida a notificação extrajudicial.

²¹⁰ O próprio STJ entende que há diferentes serviços prestados entre os provedores de conteúdo: “Conclui-se, pois, que o gerenciador de fóruns de discussão virtual constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses *sites* se limitam a abrigar e oferecer ferramentas para edição dos fóruns criados e mantidos por terceiros, sem exercer nenhum controle editorial sobre as mensagens postadas pelos usuários. [...] Embora os serviços analisados nos referidos precedentes – rede social virtual, hospedagem de *blogs* e hospedagem de correio eletrônico (e-mail) – não sejam exatamente iguais ao apreciado nestes autos, todos eles são do mesmo gênero, qual seja, provedoria de conteúdo, de sorte que as conclusões alcançadas nos julgados alçados a

de serviços *web* venham a ser enquadrados dentro do gênero de provedores de conteúdo, os quais não podem ser responsabilizados pelo exame e valoração prévios do conteúdo das mensagens postadas, é preciso diferenciá-los, pelo menos, quanto: (i) à possibilidade de controle cadastral de usuários; (ii) ao alcance e rapidez de propagação das informações através dos provedores, isto é, quanto à potencialidade de dano;²¹¹ e (iii) aos benefícios auferidos pelos provedores pela quantidade de usuários cadastrados.

3.3.2 Exigência de controle mínimo de cadastro

Para o estudo do controle de cadastro no âmbito dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, serão levadas em consideração as restrições constitucionais vistas na seção anterior, a lembrar: (i) vedação ao anonimato, permitindo uma eventual reparação do usuário que causou um dano, e (ii) à inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, protegendo preventivamente os usuários cadastrados na rede social.

Quanto à vedação ao anonimato, a fim de evitar o atuar indiscreto e criminoso através do qual algum conteúdo ofensivo possa ser disponibilizado²¹², o Tribunal passou a exigir providências para a individualização dos usuários do *site* de relacionamento, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*, devendo o fornecedor obter e manter dados mínimos de identificação de seus usuários, com vistas a assegurar a eventuais prejudicados pela utilização indevida ou abusiva do serviço informações concretas sobre a autoria do ilícito:

“Com efeito, o provedor que, movido pela ânsia de facilitar o cadastro e aumentar exponencialmente seus usuários, ou por qualquer outro motivo, opta por não exercer

paradigma se aplicam perfeitamente à espécie.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.398.985-MG. Recorrente: Yahoo do Brasil Internet LTDA. Recorrido: Centro Educacional de Formação Superior. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 19 de novembro de 2013.

²¹¹ Preocupante os posicionamentos que descartam tal potencial, dando preferência à reparação do dano em detrimento da prevenção, permitindo que as redes sociais não exerçam controle no cadastramento dos usuários: “O maior potencial lesivo das ofensas via Internet não pode ser usado como subterfúgio para imprimir restrições à livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, cuja natureza não se altera pelo fato de serem veiculadas digitalmente. Cumpre ao Poder Judiciário se adequar frente à nova realidade social, dando solução para essas novas demandas, assegurando que no exercício do direito de resposta se utilize o mesmo veículo (Internet), bem como que na fixação da indenização pelos danos morais causados, se leve em consideração esse maior potencial lesivo das ofensas lançadas no meio virtual.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.388.994-SP. Recorrente: Fernando Capez. Recorrido: José Carlos Amaral Kfourir. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 19 de setembro de 2013.

²¹² “Ainda que muitos busquem na *web* o anonimato, este não pode ser pleno e irrestrito. A existência de meios que possibilitem a identificação de cada usuário se coloca como um ônus social, a ser suportado por todos nós, em especial por aqueles que exploram economicamente a rede, objetivando preservar a sua integridade e o seu próprio destino”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.193.764-SP. Recorrente: IP DA SB. Recorrido: Google Brasil Internet LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 14 dez. 2010.

um controle mínimo daqueles que se filiam ao seu site, assume o risco dessa desídia, respondendo subsidiariamente pelos danos causados a terceiros.”²¹³

Exige o Tribunal que o provedor de conteúdo, ao oferecer um serviço que possibilite que os usuários externem livremente sua opinião, deva tomar o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada.²¹⁴ Cuida-se de importante passo no caminho da efetiva tutela da legítima expectativa do usuário, na medida em que, ao ser ofendido, a rede social deverá ter condições de identificar o usuário responsável. Entretanto, são medidas que estão voltadas para a compensação dos danos que venham a ser causados ao usuário, cujos prejuízos podem ser irreversíveis.

Realmente, em relação à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos usuários, verifica-se que tanto o Marco Civil da Internet, quanto à jurisprudência do STJ, estão afastados de uma efetiva tutela preventiva, ao não exigir a implementação de mecanismos de controle prévio – não do conteúdo postado, mas do cadastro dos usuários – a fim de garantir a determinação constitucional àqueles que já estão cadastrados e que promovem o sucesso financeiro da rede social, na medida em que fornecerem a matéria-prima de seu principal produto: a informação.²¹⁵

3.4 CONCLUSÕES PARCIAIS

Quando uma balança está desequilibrada, uma das maneiras de alcançar a desejada paridade é retirar peso de um lado, adicionando ao outro. A relação usuário-rede social nasce desequilibrada, e a harmonização passa pela restrição da autonomia de desenvolvimento do sistema da rede social virtual em nome de uma maior e efetiva proteção do usuário. O peso total segue o mesmo, isto é, o esforço de implementação de um sistema voltado à proteção de

²¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.193.764-SP. Recorrente: IP DA SB. Recorrido: Google Brasil Internet LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 14 dez. 2010, p. 14.

²¹⁴ O STJ estabelece que o registro do número de protocolo da Internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento da conta é um meio eficiente de rastreamento dos seus usuários, afigurando-se como medida de segurança que corresponde à diligência média esperada pelas redes sociais. Entretanto, o registro de um número a uma máquina com acesso à Internet (computador pessoal, *notebook*, celular etc.) não é capaz, por si só, “de atribuir a cada manifestação uma autoria certa e determinada”, dado os inúmeros pontos de acesso coletivo à Internet, como, por exemplo, bibliotecas públicas, *lan houses*, e espaços com rede *wireless* disponíveis (universidades, restaurantes, aeroportos etc.) onde um mesmo número IP poderá ser disponibilizado a mais de um usuário.

²¹⁵ Nesse sentido, Danilo Doneda mostra que “a sistematização da informação pessoal em grandes volumes teve seu potencial exponencialmente incrementado com o advento da informática, que tornou possível a administração de banco de dados gigantesco contendo informações pessoais.” DONEDA, Danilo. “O direito fundamental à proteção de dados pessoais”. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 65.

seus usuários equivale à confiança por eles depositado na segurança do serviço oferecido. Da harmonização dos interesses presentes, o único prejudicado será o terceiro que age de má-fé.

Apodera-se, para tanto, da função preventiva do instituto da responsabilidade civil – concretizada pelo dever anexo de proteção, oriundo do princípio da boa-fé objetiva –, voltando-se para a inviolabilidade dos direitos fundamentais constitucionalmente determinados. A função compensatória – que predomina no tratamento dado pelo Marco Civil da Internet, bem como pela jurisprudência do STJ –, embora importante, não é condição essencial para proporcionar a harmonia da relação entre usuário e rede social. Ao contrário, perpetua a neutralidade e a inércia dos sites de relacionamento virtual no papel que poderiam exercer na preservação dos direitos dos usuários. A função preventiva, aliada ao *know-how* tecnológico, estimula a implementação de cuidados mínimos, de sorte a proporcionar aos usuários um ambiente de navegação saudável e razoavelmente seguro contra os riscos que a própria rede social instrumentaliza.

Aproxima-se da tutela prevista no Código de Defesa do Consumidor, que optou por uma regulamentação principiológica, baseada no uso das cláusulas gerais, com a finalidade de promover a paridade nas relações de consumo, ao passo que o Marco Civil da Internet abraçou o casuísmo, reforçando o desequilíbrio da relação usuário-rede social e afrontando a harmonia prevista na Constituição Federal. Mas, cabe destacar, é o próprio Marco Civil da Internet que estabelece o diálogo com o código consumerista ao determinar como garantia aos internautas, nos termos do art. 7º, XIII, a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na Internet.

Sendo assim, é preciso estudar a atividade desempenhada pelas redes sociais, dado que, segundo o STJ, mesmo que se configure relação de consumo entre o usuário e rede social, a responsabilidade desta deverá ficar restrita à natureza da atividade desenvolvida. Dessa maneira, o próximo capítulo objetiva analisar o serviço prestado pelas redes sociais de modo a corroborar, ou não, com o entendimento jurisprudencial.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS REDES SOCIAIS NA INTERNET

Dentre as inovações promovidas pela evolução das tecnologias da informação e comunicação, destaca-se a possibilidade de interação humana mediada pelo computador, formando as redes sociais na Internet.²¹⁶ Pode-se dizer que os vínculos que formam a rede virtual são constituídos por dois elementos essenciais: o interesse e a confiança. O interesse está ligado à matéria-prima da Internet, isto é, à informação. A confiança agarra-se na expectativa de segurança na comunicação. Quanto às relações sociais em rede, Fritjof Capra observa:

“Enquanto as comunicações continuam nas redes sociais, elas formam ciclos múltiplos de retroalimentação que finalmente produzem um sistema compartilhado de crenças, explicações e valores – um contexto comum de sentido, também conhecido como cultura, que é continuamente apoiada em comunicações seguintes. Por meio dessa cultura, os indivíduos adquirem identidade como membros da rede social e, nesse sentido, a rede gera o seu próprio limite. Não é um limite físico, mas um limite de expectativas, de confiança e lealdade, o qual é permanentemente mantido e renegociado pela rede de comunicações.”²¹⁷

Em relação ao interesse pela informação, pode-se observar que as tecnologias desenvolvidas no âmbito da Internet se voltam, na sua ampla maioria, para coleta e sistematização das informações disponibilizadas pelos usuários tendo em vista os mais variados fins, destacando-se a elaboração de perfis de consumo. Realmente, vive-se em uma sociedade de consumo, altamente competitiva, onde a informação de potenciais clientes torna-se fundamental no direcionamento de produtos e serviços. A lógica, portanto, é: quanto mais usuários de um sistema, mais informações. Quanto mais informações, mais perfis de consumo são traçados. Quanto mais perfis de consumo são traçados, mais empresas se interessam pelo sistema. Quanto mais empresas se interessam, mais valioso o sistema se torna. Logo, quanto mais usuários, mais valioso o sistema.²¹⁸

Dentro dessa lógica, para se obter o maior número de usuários, é fundamental que o sistema não apenas ofereça um serviço que satisfaça determinados interesses,²¹⁹ mas,

²¹⁶ Conforme Castells, as redes constituem a nova morfologia social da sociedade e a difusão lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura. Complementa o autor: “embora a forma de organização social em redes tenha existido em outros tempos e espaços, o novo paradigma da tecnologia da informação fornece a base material para sua expansão penetrante em toda a estrutura social”. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura, v.1**. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 565.

²¹⁷ CAPRA, Fritjof. Vivendo redes. In: DUARTE, Fábio; QUANDT, Carlos; SOUZA, Queila (org.). **O Tempo das redes**. São Paulo: Perspectiva, 2008, p. 23.

²¹⁸ Conforme veiculado na imprensa, o valor de mercado do *Facebook* ultrapassou US\$ 200 bilhões em 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/09/1513260-valor-de-mercado-do-facebook-ultrapassa-os-us-200-bilhoes.shtml>>. Acesso em: 09/09/14.

²¹⁹ Segundo Ieciona Bauman, num contexto de aceitação social, as pessoas fazem o máximo possível e usam os melhores recursos que têm à disposição para aumentar o valor de mercado dos produtos que estão vendendo. E

sobretudo, não estabeleça restrições – ou exigência – significativas que desestimulem o processo de cadastro para o uso. É nesse contexto que a confiança dos usuários adquire especial importância frente aos riscos que pode advir da falta de controle de cadastramento de usuários dos sistemas informatizados em geral, e das redes sociais em específico. Imprescindível, assim, equilibrar a legítima competitividade pela informação e a legítima expectativa na prestação de um serviço seguro alicerçada na confiança do usuário.

O objetivo deste capítulo é investigar a natureza da atividade das redes de relacionamento virtual, tendo em vista o interesse na informação e a confiança na segurança, propondo, ao final, a responsabilidade civil por conteúdo gerado por terceiro através de perfil falso. Parte-se, para tanto, do estudo da arquitetura virtual da Internet, passando pela verificação da relação jurídica entre rede social e usuário, concluindo com o exame do dever de controle cadastral como forma de tutela da confiança do usuário.

4.1 A ARQUITETURA VIRTUAL DA INTERNET

O valor da arquitetura da Internet reside na sua capacidade de proporcionar acesso imediato à informação, de modo que a tecnologia hoje produzida e comercializada, na sua maioria, está voltada à sua completa integração ao mundo virtual. Nesse sentido, Manuel Castells menciona o surgimento de uma nova economia, caracterizando-a como informacional, global e em rede.²²⁰

É uma economia informacional porque a produtividade e a competitividade de unidades ou agentes nessa economia dependem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos. É global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação estão organizadas em escala global, mediante uma rede de conexões entre os agentes econômicos. É uma economia em rede porque a produtividade é gerada, e a concorrência é feita, em uma rede global de

os produtos que são encorajadas a colocar no mercado, promover e vender são elas mesmas. Complementa o autor: “são, ao mesmo tempo, os promotores das mercadorias e as mercadorias que promovem. São, simultaneamente, o produto e seus agentes de marketing, os bens e seus vendedores. Seja lá qual for o nicho em que possam ser encaixados pelos construtores de tabelas estatísticas, todos habitam o mesmo espaço social conhecido como mercado.” BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 8.

²²⁰ Complementa o autor: “A emergência de um novo paradigma tecnológico organizado em torno de novas tecnologias da informação, mais flexíveis e poderosas, possibilita que a própria informação se torne o produto do processo produtivo”. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura, v.1**. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p 119.

interação entre redes empresariais.²²¹ O que antes era apenas um canal para a distribuição de informações impessoais, tornou-se uma rede mundial concebida em torno de produtos e serviços.

Na presente seção, pretende-se compreender a arquitetura da Internet, analisando a origem e suas principais características e destacando o alcance e a rapidez de comunicação, fundamentais na implementação das redes sociais. Posteriormente, elencam-se os diversos tipos de servidores que disponibilizam serviços no âmbito virtual, observando os critérios de responsabilização, com o intuito de fundamentar o estabelecimento de deveres diferenciados conforme as peculiaridades da atividade desenvolvida pelo provedor de serviço.

4.1.1 Características e limites da Internet

No final da década de 1950, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos criou a Agência de Projetos de Pesquisas Avançadas (ARPA) com o objetivo de mobilizar recursos de pesquisa, fundamentalmente no âmbito universitário.²²² Para otimizar os recursos computacionais, montou-se uma rede interativa de computadores, a ARPANET, a primeira no mundo, entrando em funcionamento em 1969, interconectando quatro universidades norte-americanas.²²³

Ao final da década de 1970, aproximadamente 200 máquinas estavam conectadas à ARPANET. A certa altura, tornou-se difícil separar a pesquisa voltada para fins militares das comunicações científicas e das conversas pessoais. Assim, em 1983, houve a divisão entre a ARPANET, dedicada a fins científicos, e a MILNET, orientada às aplicações militares. A década de 1980 seria uma época de formidável crescimento, consequência, especialmente, dos esforços para criar redes de computadores interligando universidades.²²⁴ Na década de 1990,

²²¹ Complementa o autor: “A nova economia está organizada em torno de redes globais de capital, gerenciamento e informação, cujo acesso a *know-how* tecnológico é importantíssimo para a produtividade e competitividade”. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura, v.1.** São Paulo: Paz e Terra, 2009,, p. 567.

²²² “Todos os desenvolvimentos tecnológicos decisivos que levaram à Internet tiveram lugar em torno de instituições governamentais e importantes universidades e centros de pesquisa. A Internet não teve origem no mundo dos negócios. Era uma tecnologia ousada demais, um projeto caro demais e uma iniciativa cara demais para ser assumida por organizações voltadas para o lucro”. CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 23.

²²³ São elas: Universidade da Califórnia em Los Angeles, Universidade da Califórnia em Santa Bárbara, Instituto de Pesquisa de Stanford e na Universidade de Utah. TANENBAUM, Andrew S.; WETHERALL, David. **Rede de Computadores.** São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011, p. 34.

²²⁴ Nesse sentido: KUROSE, James F.; ROSS, Keith W. **Redes de computadores e Internet: uma abordagem top-down.** São Paulo: Addison Wesley, 2010, p. 47.

surge a *World Wide Web*, que levou a Internet para os lares e as empresas do mundo inteiro, sendo um período de grande crescimento e inovação de produtos e serviços para a rede.²²⁵

Dada a estrutura aberta – tanto de sua arquitetura técnica, quanto de sua organização social e institucional –, em que o usuário torna-se produtor da tecnologia e artífice da rede,²²⁶ foi necessário o desenvolvimento de protocolos compartilhados e acordos quanto a padrões de identificação na Internet. Dessa forma, o estabelecimento de padrões de comunicação e a estrutura descentralizada, sem um centro de comando, facilitou o gerenciamento local, à medida que cada hospedeiro e cada rede estabelecem as próprias regras.²²⁷

Nesse sentido, Castells²²⁸ destaca o domínio técnico dos usuários no âmbito da Internet: “as novas tecnologias da informação não são simplesmente ferramentas a serem aplicadas, mas processos a serem desenvolvidos. Usuários e criadores podem tornar-se a mesma coisa”. Ao controlar a tecnologia utilizada na arquitetura da Internet, os usuários externalizam a capacidade de produzir bens e serviços, dado que as codificações de *software*, equipamentos de interconexão, enfim, a infraestrutura de comunicação como um todo, são amplificadores e extensões da mente humana.

Importante destacar, também, que a Internet foi o primeiro meio de comunicação que permitiu a comunicação instantânea e multidimensional envolvendo vários pontos distantes.²²⁹ Desse modo, a liberdade de expressão difundia-se pelo mundo sem depender de um meio de massa e a privacidade era protegida pelo anonimato da comunicação.²³⁰ O

²²⁵ Inventada no CERN – Centro Europeu para Física Nuclear –, a Web “serviu também como plataforma para a habilitação e a disponibilização de centenas de novas aplicações, inclusive negociação de ações e serviços bancários on-line, serviços multimídia em tempo real e serviços de recuperação de informações”. KUROSE, James F.; ROSS, Keith W. **Redes de computadores e Internet: uma abordagem top-down**. São Paulo: Addison Wesley, 2010, p. 48.

²²⁶ Nesse contexto, Alvin Toffler denomina esse usuário como “*prosumer*”, ou prossumidor, referindo-se àquele que produz o que consome. TOFFLER, Alvin. **A Terceira Onda**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1980, p. 269-272.

²²⁷ Conforme ensina Tanenbaum, a Internet não é de modo algum uma rede, mas sim um vasto conjunto de redes diferentes que utilizam certos protocolos comuns e fornecem determinados serviços comuns. Além disso, percebe-se que o termo “rede de computadores” começa a ficar desatualizado, já que cada vez mais aparelhos de televisão, console de jogos, telefones celulares, webcams, automóveis, sistemas de segurança estão conectados à rede mundial. TANENBAUM, Andrew S.; WETHERALL, David. **Rede de Computadores**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011, p. 33.

²²⁸ Observa ainda: “Pela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção, não apenas um elemento decisivo no sistema produtivo”. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura, v.1**. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 69.

²²⁹ O desenvolvimento tecnológico proporcionou uma certa flexibilidade na manutenção e criação de laços sociais, uma vez que permitiu que eles fossem dispersos espacialmente. Isso quer dizer que a comunicação mediada por computador apresentou às pessoas formas de manter laços sociais fortes mesmo separadas a grandes distâncias. Essa desterritorialização dos laços é consequência direta da criação de novos espaços de interação. RECUERO, Raquel. **Redes sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009, p. 44.

²³⁰ Nesse sentido: TANENBAUM, *op. cit.*, p. 539.

paradigma da liberdade, como mostra Castells²³¹, tinha bases tanto tecnológicas – dada a interconexão irrestrita de computadores, baseada em protocolos que interpretavam a censura como falha técnica –, quanto institucionais, pelo fato de a Internet ter surgido nos EUA sob a proteção constitucional da livre expressão.

Entretanto, alerta Lawrence Lessig²³² que os fundamentos de liberdade na Internet estão sendo desafiados por novas tecnologias e regulações. Para o autor, existem razões para acreditar que o “*cyberspace*”, deixado a si mesmo, não cumprirá a promessa de liberdade, mas se tornará uma perfeita ferramenta de controle, pois aquilo que denominou de “mão invisível do ciberespaço” está desenvolvendo uma arquitetura (“*code*”) que é completamente o oposto da arquitetura de seu nascimento.

De fato, a Internet não é mais uma esfera livre,²³³ tornando-se um terreno contestado, onde o esforço será para assegurar que direitos essenciais sejam preservados. A transformação da liberdade e da privacidade na Internet é um resultado direto de sua comercialização,²³⁴ sendo que uma das instituições capitais na defesa da liberdade, a livre empresa, é o ingrediente essencial na construção do sistema de vigilância.²³⁵ A ação parte de determinados provedores de serviços da Internet, que cooperam, por exemplo, com empresas especializadas em revelar a identidade das pessoas que inserem material anonimamente, e até mesmo com aquelas interessadas nos dados pessoais que permitam traçar o perfil de consumo de seus potenciais clientes.

Assim, nesta subseção, buscou-se elencar os principais traços inerentes à arquitetura da Internet. Da análise de sua origem, foi possível perceber a ausência de interesses econômicos e comerciais, que só entraram no mundo virtual décadas depois, revolucionando o uso da Rede. Além disso, a sua arquitetura aberta permitiu aos próprios usuários a criação de sistemas voltados aos mais variados segmentos da sociedade, como, por exemplo, sites de entretenimento, de vendas, de ambientes virtuais de relacionamento. Por fim, foi dado destaque às restrições atuais à liberdade e à privacidade impostas pelos interesses derivados da comercialização na Internet e a implementação de mecanismos de coleta de informações dos usuários.

²³¹ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p.139.

²³² LESSIG, Lawrence Lessig. **Code: version 2.0**. New York: Basic Books, 2006, p. 4.

²³³ Os princípios enraizados na Internet eram da cooperação e da liberdade de informação. “O nervo do ciberespaço não é o consumo de informações ou de serviços interativos, mas a participação em um processo social de inteligência coletiva”. LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 198.

²³⁴ LESSIG, *loc.cit.*

²³⁵ CASTELLS, *op. cit.*, p.149.

A partir do exposto, o aspecto que desperta a atenção é a ausência de regras gerais e explícitas de comportamento e de previsibilidade das consequências que leve em consideração o alcance e velocidade de comunicação, e, precipuamente, as diversas intenções na utilização das potencialidades da Internet para os mais variados fins, materializando o esforço na garantia da incolumidade de direitos fundamentais.²³⁶ É preciso, para reverter tal situação, estabelecer obrigações claras e diferenciadas aos Provedores de Serviços na Internet, de acordo com as peculiaridades da atividade que promovem.

O objetivo da próxima subseção é analisar como a doutrina divide as espécies de Provedores de Serviços na Internet e estabelece as obrigações e as respectivas responsabilidades.

4.1.2 A responsabilidade dos Provedores de Serviços na Internet

A Internet é uma rede composta por milhões de computadores interligados por *links* de comunicação e por centenas de milhares de usuários que se conectam por meio de computadores pessoais, telefones celulares, *tablets* e *notebooks*, além de dispositivos como sensores, webcams, *videogames* e até mesmo eletrodomésticos.²³⁷ É a chamada rede física, responsável pela transmissão de dados de um ponto até outro, não gerando nem processando os dados enviados, sendo, portanto, uma rede passiva. Todo o processamento de dados é realizado por programas aplicativos.²³⁸

Para operacionalizar a Internet, foram desenvolvidos sistemas e tecnologias que forneçam serviços de conectividade aos usuários. São os chamados Provedores de Serviços de Internet (ISPs – *Internet Service Providers*), gênero do qual são espécies os provedores de *backbone*, de acesso (Provedores de Serviços de Internet), de correio eletrônico, de hospedagem (*hosting*) e de conteúdo. Assim, os Provedores de Serviços assumem variadas funções no âmbito da arquitetura de funcionamento da Internet, partindo do serviço de conexão física da rede, passando pela elaboração e disponibilização de *sites*, chegando aos serviços de compras *on-line* e de ambientes virtuais de relacionamento. Diante da pluralidade

²³⁶ Lessig defende a criação de uma arquitetura que estruture e direcione poderes legais e sociais com o fim de proteger valores fundamentais na Internet. LESSIG, Lawrence Lessig. **Code: version 2.0**. New York: Basic Books, 2006, p. 4.

²³⁷ Observa Pierre Lévy que “cada conexão suplementar acrescenta ainda mais heterogeneidade, novas fontes de informação, novas linhas de fuga, a tal ponto que o sentido global encontra-se cada vez menos perceptível, cada vez mais difícil de circunscrever, de fechar, de dominar.” LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 122.

²³⁸ Conforme ensina Douglas Comer. COMER, Douglas E. **Redes de computadores e internet**. Tradução Álvaro Strube de Lima. Porto Alegre: Bookman, 2007, p. 47.

de funções e serviços prestados, para a adequada determinação da responsabilidade, parte-se da identificação e diferenciação dos sujeitos ativos (autoria) e passivos (intermediação) em relação ao conteúdo informativo transmitido.²³⁹

Os sujeitos ativos são aqueles que assumem uma posição de autoria, produzem ou fornecem informação por meio de um *site*. Estes sujeitos fazem parte de uma relação passível de ser travada diretamente com o usuário, ou indiretamente, quando vinculada a um intermediário. Como exemplo, mencionam-se o provedor de informação, que é o responsável pelo conteúdo divulgado na Internet, e o provedor de conteúdo, que é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet informações desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem.²⁴⁰ O provedor de conteúdo poderá ser responsabilizado quando exercer controle editorial prévio sobre as informações que divulga, escolhendo o teor que será apresentado aos usuários antes de permitir o acesso ou disponibilizar essas informações.²⁴¹ Caso contrário, quando apenas disponibilizar espaço para divulgação de mensagens, os provedores de conteúdo não poderão ser responsabilizados pelo conteúdo criado por seus usuários, enquadrando-se como sujeito intermediário.²⁴²

Quanto à posição de intermediação, a atividade principal é vincular sujeitos produtores de informação com os respectivos destinatários, limitando-se a transmitir informações.²⁴³ Esses sujeitos prestam um serviço de comunicação e são alheios ao conteúdo das mensagens, aspecto decisivo no momento do exame da sua responsabilidade. A indiferença, destaca Lorenzetti²⁴⁴, supõe que a transmissão da informação é uma tarefa que não influi no objeto transmitido. Assim, se influenciarem de alguma maneira, os intermediários passam a ser responsáveis. Importante mencionar, nesse contexto, que, de acordo com a Diretiva 2000/31 da União Europeia²⁴⁵, haverá limitação de responsabilidade dos agentes intermediários

²³⁹ Nesse sentido: LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Tradução: Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 446.

²⁴⁰ Conforme: LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 24.

²⁴¹ Dessa forma, o provedor de conteúdo pode ou não ser o próprio provedor de informação, conforme seja ou não o autor daquilo que disponibiliza. Ressalta Marcel Leonardi que “a relação de consumo apenas estará configurada se o provedor de conteúdo comercializar especificamente determinadas informações, exercendo sua atividade a título oneroso, e condicionando o acesso ao pagamento prévio de determinada quantia pelo usuário, fornecendo-lhe nome e senha exclusivos para tanto.” LEONARDI, *op. cit.*, p. 25.

²⁴² Como visto, segundo o entendimento do STJ, as redes sociais enquadram-se como provedores de conteúdo na sua modalidade “passiva”, ou seja, apenas disponibilizando espaço para divulgação de opiniões, comentários e informações de seus usuários.

²⁴³ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 448.

²⁴⁴ LORENZETTI, *loc. cit.*

²⁴⁵ Diretiva estabelecida pelo Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia tendo em vista o desenvolvimento do comércio eletrônico na sociedade da informação. Imprescindível destacar a consideração

quando não estiverem envolvidos na origem da transmissão, não escolherem o destinatário ou não selecionarem ou alterarem a informação objeto da transmissão (art. 12).²⁴⁶

Como exemplos de provedores intermediários, assinalam-se: a) os provedores de *backbone*, pessoa jurídica que detém o gerenciamento das estruturas físicas pelas quais trafegam os dados transmitidos através da Internet;²⁴⁷ b) os provedores de acesso, pessoa jurídica fornecedora de serviços que possibilitam o acesso dos consumidores à Internet. Normalmente, essas empresas dispõem de uma conexão a um *backbone* ou operam sua própria infraestrutura para conexão direta;²⁴⁸ c) os provedores de correio eletrônico são serviços que consistem em possibilitar o envio de mensagens a destinatários, receber e armazenar mensagens, permitindo apenas ao contratante o acesso ao sistema de mensagens, mediante o uso de um nome de usuário e senha exclusivos;²⁴⁹ d) o provedor de hospedagem (*hosting*) é a pessoa jurídica que fornece serviço de armazenamento de dados em servidores próprios, possibilitando o acesso público a esses dados, de acordo com os termos estabelecidos no contrato de serviço.²⁵⁰ Existem, portanto, duas relações diversas: de hospedagem do arquivo (entre prestador e o titular da página) e de acesso à informação (entre

feita no item sete que estabelece como uma das finalidades da Diretiva garantir a segurança jurídica e a confiança do consumidor. UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 8 de junho de 2000. Disponível em: < <http://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/DIR00-31-CE.pdf> > Acesso em: 05 de setembro de 2014.

²⁴⁶ Conforme expõe Guilherme Magalhães Martins, as situações contempladas no art. 12 da Diretiva 2000/31 “encerra sempre cláusulas de limitação de responsabilidade, reforçando um princípio tradicional da responsabilidade civil: onde há controle haverá responsabilidade, mas na falta desse controle o fornecedor não é responsável.” MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 297.

²⁴⁷ O provedor de *backbone* oferece conectividade, vendendo sua infraestrutura a outras empresas que, por sua vez, fazem a revenda de acesso ou hospedagem para usuários finais. O usuário final de um provedor de acesso ou hospedagem dificilmente terá algum contato com o provedor de *backbone*. Na hipótese de falha na prestação de seus serviços, o provedor de *backbone* responderá pelos danos causados aos provedores de serviços que usam sua infraestrutura na forma do art. 931 do Código Civil, não se podendo falar, portanto, em relação de consumo. *Ibidem*, p. 282.

²⁴⁸ A relação jurídica entre o usuário e o provedor de acesso é de consumo. O usuário é o destinatário final do serviço, enquanto que o provedor de acesso, por prestar serviços, enquadra-se na categoria de fornecedor. A remuneração pode-se dar de forma direta, paga pelo consumidor, ou de forma indireta, paga pelos anunciantes e pelas companhias telefônicas. Além disso, os contratos estabelecidos entre usuário e provedor de acesso são, geralmente, de adesão, não permitindo a discussão ou modificação de cláusulas, restando ao consumidor apenas optar pelas modalidades de serviço preestabelecidas pelo fornecedor. LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 21.

²⁴⁹ A relação estabelecida entre usuário e provedor de correio eletrônico é de consumo, nos mesmo termos da relação entre usuário e provedor de acesso. *Ibidem*, p. 22.

²⁵⁰ O provedor de conteúdo é o destinatário final dos serviços fornecidos pelo provedor de hospedagem, de forma que a relação existente entre eles é de consumo. A prestação dos serviços pode ser de caráter oneroso, mediante remuneração direta, paga pelo consumidor – variável de acordo com o volume mensal de tráfego de dados utilizado pelo *site*, espaço disponível para armazenamento das informações, sistemas de segurança que podem ser adotados e outros serviços adicionais –, ou de modo indireto, com a venda dos dados cadastrais do usuário a empresas interessadas, anúncios inseridos em todas as páginas criadas, envio de propagandas pelo correio eletrônico, entre outras práticas. *Ibidem*, p. 23.

o público e o servidor). Essas relações são conexas, dado que ao titular interessa a difusão de seu produto.

Do exposto, percebe-se que a responsabilidade dos provedores se dá somente pela possibilidade de controle prévio do conteúdo gerado. Entretanto, tal conteúdo nem sempre se dá através do real perfil pessoal, mas pela falsificação de perfil por terceiro mal-intencionado. Ressalta-se, assim, a necessidade de estabelecer nova categorização dentro das espécies de provedores intermediários, revestida do caráter preventivo, não sendo responsabilizada pelo conteúdo postado por terceiros, mas pela inobservância de critérios mínimos de controle, como a verificação prévia de cadastro, evitando a criação de perfil falso de usuário.

A fim de fundamentar a exigência de controle prévio de cadastro dos usuários, a próxima seção analisa a natureza da atividade desenvolvida pelas redes sociais, determinando a relação jurídica com os seus usuários.

4.2 A DUPLA NATUREZA DA ATIVIDADE DAS REDES SOCIAIS NA INTERNET E A RELAÇÃO ESTABELECIDADA COM O USUÁRIO

Ao disponibilizar um ambiente capaz de satisfazer as necessidades de visibilidade, reputação, popularidade e autoridade – valores mais comumente relacionados aos sites de rede social²⁵¹ –, através do maior número possível de recursos aptos a revelar – e armazenar – hábitos e preferências, a rede social se transforma em um gigantesco banco de dados, cujo valor relaciona-se diretamente com o número de usuários. Dessa maneira, pode-se dizer que são dois os públicos-alvo das redes sociais: os usuários interessados em conectar-se com outras pessoas e as empresas empenhadas em adquirir informações de potenciais clientes.

Esta seção tem como objetivo analisar o duplo papel exercido pelas redes sociais, ressaltando o controle que exercem sobre as informações compartilhadas pelos usuários, bem como identificar a natureza de sua atividade, fixando o tipo de relação jurídica entre as partes.

4.2.1 Rede virtual de relacionamento e a coleta de informações do usuário

As redes sociais convidam os internautas a utilizarem seus *sites* para encontrar pessoas, compartilhar experiências e se conectar ao mundo. Tal é o atrativo das redes sociais: ambiente que possibilita a criação de um perfil pessoal – baseado em dados pessoais, como

²⁵¹ Conforme expõe Raquel Recuero. RECUERO, Raquel. **Redes sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009, p. 108.

data e local de nascimento, estado civil, gênero, fotografia, local de trabalho e estudos, preferências etc. –, permitindo a reunião de pessoas *on-line* em torno de valores e interesses comuns, criando laços de apoio e amizade, podendo se estender, também, à interação face a face.²⁵²

À disposição do usuário, está uma ampla série de opções para criação do perfil pessoal. Além da descrição básica a ser preenchida, o usuário pode “compartilhar” fotos pessoais, imagens, vídeos e mensagens, determinar categorias de interesse ao optar por “curtir” (ou “seguir”) tudo o que valoriza²⁵³, seja para se manter informado, seja pelo desejo de revelar aos demais aquilo lhe é importante. No mundo das redes sociais, portanto, “compartilhar”, “curtir” e “seguir”, são ações que possibilitam ao usuário criar e manifestar publicamente seu perfil, nos limites daquilo que ele pretende divulgar da sua vida pessoal e conforme seus objetivos quanto ao uso das redes de relacionamento.²⁵⁴

Em relação aos outros participantes, as redes sociais disponibilizam configurações permitindo ao usuário estabelecer o nível de exposição de suas informações, isto é, permite que o conteúdo disposto no perfil pessoal seja visto por todos (informações públicas), ou apenas pelos amigos, ou, ainda, não estejam disponíveis a ninguém. Em outras palavras, o usuário tem a liberdade de decidir – em relação aos outros participantes da rede social, reitera-se – com quem as informações serão compartilhadas.

Entretanto, em relação ao acesso às informações do usuário pela própria rede social, não existem opções semelhantes à disposição. Importante referir que, além daquilo que é disponibilizado diretamente pelo próprio usuário, as redes sociais recebem e armazenam as informações que os outros participantes compartilham sobre ele, os dados relacionados à publicação de foto ou vídeo (como data, hora, local em que foram gravados), os dados enviados pelo computador, telefone celular, ou outros dispositivos que o usuário usa para acessar a rede social (incluindo informações de rede e de comunicação), sistema operacional,

²⁵² Quanto ao seu aspecto externo, as redes de relacionamento social podem ser definidas como “estruturas constituídas entre indivíduos e grupos/organizações num determinado espaço, conectados a partir de vínculos pessoais (familiares, emocionais, profissionais etc.)” BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. *Jurisdição e lei aplicável na Internet: adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet vol.II – Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Cap. 15, p. 446.

²⁵³ A “identidade dinâmica”, para Lorenzetti, ou seja, tudo aquilo que esboça um perfil de comportamento do usuário. LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Tradução: Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 441.

²⁵⁴ No “jogo carnavalesco das identidades”, Baumann destaca o aspecto incômodo e não agradável, tolerado e sofrido porque inevitável, da socialização off-line, já que o reconhecimento da identidade escolhida precisa ser alcançado num esforço longo e possivelmente interminável. “Eliminar esse aspecto incômodo das batalhas por reconhecimento é a qualidade mais atraente do baile de máscaras e do jogo de confiança da internet”. BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 147.

localização, tipo de navegador utilizado e páginas visitadas, entre outros.²⁵⁵ Ao se cadastrar, o usuário, automaticamente, concede permissão de uso de todas essas informações pela rede social.

Embora haja a permissão de uso – de forma tácita e automática, sem que o usuário consinta expressa e conscientemente –, as redes sociais declararam o usuário como proprietário de todas as informações e conteúdos publicados por ele, de modo que, para compartilhá-las com outros, as redes sociais deverão ter (i) recebido a permissão do usuário, (ii) notificado o usuário sobre esta política ou (iii) removido seu nome e outras informações de identificação pessoal.²⁵⁶ Ou seja, nesses termos, as redes sociais podem, sem o consentimento expresso do usuário, apropriar-se de todos os dados disponibilizados e compartilhá-los – retirando as informações de identificação pessoal – com as empresas interessadas.²⁵⁷

Além do exposto, cabe destacar o perfil ativo desempenhado pelas redes sociais na utilização dos dados fornecidos pelos usuários. Dado o grande número de “amigos” que cada usuário pode ter, a quantidade de conteúdo compartilhado por todos eles e o pouco tempo de acesso do usuário para acompanhar tudo que é disponibilizado, o *Facebook* desenvolveu um algoritmo de maneira que fossem disponibilizados primeiramente os conteúdos compartilhados por aqueles com quem o usuário tivesse mais afinidade, ou segundo um critério de relevância que leve em consideração as interações com determinados participantes (como “curtidas” e comentários feitos pelo usuário aos “*posts*” de um amigo). Trata-se, em poucas linhas, de um algoritmo que manipula o conteúdo que será mostrado ao usuário.²⁵⁸

Por fim, sublinha-se as principais justificativas para a coleta de informações dos usuários: primeiro, como parte do esforço em manter os serviços seguros e protegidos; segundo, vinculado ao primeiro, para operações internas, que incluem correção de erros,

²⁵⁵ Disponível em: <<https://www.facebook.com/about/privacy/your-info>>. Acesso em: 05 set. 2014.

²⁵⁶ Conforme a “Declaração de direitos e responsabilidade”. Disponível em: <<https://www.facebook.com/legal/terms>>. Acesso em: 05 set. 2014.

²⁵⁷ O compartilhamento de informações com a identificação do usuário só será efetuado com o consentimento do próprio usuário, segundo a política de uso de dados da rede social Facebook. Disponível em: <<https://www.facebook.com/about/privacy/advertising>>. Acesso em: 05 set. 2014.

²⁵⁸ A Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos utilizou o referido algoritmo em pesquisa que demonstrou que as emoções externalizadas pelos usuários no Facebook acabam por influenciar os demais, evidenciando a escala massiva de contágio através das redes sociais. A pesquisa utilizou cerca de 700 mil perfis de usuários. Para um determinado grupo, foram selecionados os conteúdos mais positivos gerados por seus amigos na rede social, de modo que, através de um software especial, os pesquisadores puderam observar uma maior incidência de palavras positivas nas manifestações feitas pelo esse grupo. Na medida em que as postagens positivas eram reduzidas, acarretava na diminuição de conteúdo também positivo pelo grupo. KRAMER, Adam D. I.; GUILLORY, Jamie E.; HANCOCK, Jeffrey T. Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks. In: **PNAS – Proceedings of the National Academy of Sciences. June 17, 2014, vol. 111, n° 24.** Washington DC: PNAS, 2014, p. 8788-8790. Disponível em: <www.pnas.org>. Acesso em: 05 set. 2014.

testes, desenvolvimento e melhoria do serviço; e, terceiro, para compartilhamento com os anunciantes das redes sociais.²⁵⁹ Em relação ao compartilhamento das informações dos usuários com empresas anunciantes, serão analisadas, na próxima subseção, as ferramentas disponibilizadas pela rede social às empresas anunciantes.

4.2.2 Ferramenta virtual de gerenciamento de anúncios e o compartilhamento de informações do usuário

Com o surgimento do comércio eletrônico e a concorrência crescendo no mundo inteiro, as empresas passaram a buscar estratégias de marketing que combatam os novos desafios que encontram no mercado. Na base dessas estratégias, se encontra a necessidade de informações válidas, acessíveis e práticas sobre a motivação e o comportamento do consumidor. Nesse contexto, as redes sociais, além de ser ambiente ideal para a personalização das páginas *web* com o oferecimento de produtos e serviços diretamente aos usuários, possibilita o rastreamento dos hábitos de navegação e consumo dos usuários.

Afora os tradicionais espaços publicitários,²⁶⁰ são oferecidas ferramentas que permitem o direcionamento de produtos a públicos específicos²⁶¹, o gerenciamento de anúncios e campanhas e a análise de comportamento de intenção do consumidor.²⁶² No intuito de exibir somente o conteúdo mais relevante ao usuário – incluindo produtos e serviços de empresas patrocinadoras –, as redes sociais utilizam tecnologias como os *cookies*²⁶³ disponibilizadas pelos navegadores de Internet²⁶⁴. São oferecidos, também, uma série de instrumentos que auxiliam, através do cruzamento dos mais variados tipos de informações, a conexão de pessoas aos produtos das empresas patrocinadoras, como, por exemplo, o *Power Editor*²⁶⁵, *Facebook Exchange*²⁶⁶, Rastreamento de conversão²⁶⁷.

²⁵⁹ Disponível em: <<https://www.facebook.com/about/privacy/your-info>>. Acesso em: 05 set. 2014.

²⁶⁰ “Anuncie no *Facebook*. Mais de 1 bilhão de pessoas. Alcance apenas as pessoas certas”. Disponível em: <<https://www.facebook.com/advertising>>. Acesso em: 05 set. 2014.

²⁶¹ “As pessoas certas: mais de um bilhão de pessoas usam o *Facebook* para se conectarem. Com base na sua localização, idade e muito mais, podemos conectá-las ao seu negócio”. Disponível em: <<https://www.facebook.com/business>>. Acesso em: 05 set. 2014.

²⁶² Disponível em: <<https://www.facebook.com/business/product/advanced-ads>>. Acesso em: 05 set. 2014.

²⁶³ Pequenos arquivos armazenados no computador que guardam informações referentes aos sites e aplicativos utilizados pelo usuário. Por exemplo, se o usuário pesquisa o preço de determinado tênis no site de uma loja de esportes, baseando-se no *cookie* que armazenou esta pesquisa, o *Facebook* poderá oferecer produtos semelhantes da empresa patrocinadora da rede social.

²⁶⁴ Como Internet Explorer, Chrome, Firefox.

²⁶⁵ De acordo com a plataforma “*Facebook* para empresas”, o *Power Editor* é uma ferramenta avançada para anunciantes que precisam gerenciar e otimizar inúmeros anúncios e campanhas diferentes, possibilitando o direcionamento à públicos personalizados. Disponível em: <<https://www.facebook.com/business/products/advanced-ads>>. Acesso em: 05 set. 2014.

O público-alvo não se restringe, portanto, aos interessados em se conectar com outras pessoas, abarcando, também, os anunciantes empenhados em levar seus produtos e serviços aos usuários das redes sociais. Isto é, a arquitetura desenvolvida pela rede social abrange, grosso modo, um ambiente de relacionamento social – onde é permitido a conexão entre pessoas e o compartilhamento do mais variado tipo de informações – e uma plataforma de coleta e segmentação dos dados disponibilizados pelos usuários²⁶⁸, além de oferecer ferramentas de anúncios e gerenciamento às empresas interessadas.

Dessa relação indireta entre usuário e empresas anunciantes é que nasce a relação jurídica entre o usuário e a rede social, foco de estudo da próxima subseção.

4.2.3 A relação jurídica entre usuário e rede social

Como visto, as redes sociais possuem uma arquitetura que permite a coleta de informações relacionadas aos usuários e, dentre as finalidades apontadas, destacou-se o compartilhamento com anunciantes para fornecimento de anúncios relevantes ao usuário. Ao efetuar o cadastramento nas redes sociais, o usuário concede uma permissão de uso do conteúdo e informações fornecidos, permitindo a criação de banco de dados com finalidades comerciais, isto é, as redes sociais são remuneradas pelo fornecimento desses dados às empresas interessadas, sem qualquer compensação ao usuário.²⁶⁹

Embora o usuário não remunere diretamente pelo uso dos serviços prestados, ao consentir pelo uso de suas informações e dada a remuneração feita pelas empresas, configura-se a remuneração indireta entre o usuário e a rede social. Na lição de Cláudia Lima Marques,²⁷⁰ da análise do art. 3º, §2 do Código de Defesa do Consumidor, “a expressão ‘remuneração’ permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no

²⁶⁶ De acordo com a plataforma “Facebook para empresas”, o *Facebook Exchange* ajuda os anunciantes a encontrar as pessoas no *Facebook* com base nas ações que elas executam on-line, como visitar um site. “Esse tipo de direcionamento o ajuda a encontrar pessoas que mostraram um interesse por meio de seu comportamento on-line, para que você possa chegar a elas com um tipo de produto ou serviço similar”. Disponível em: <<https://www.facebook.com/business/products/advanced-ads>>. Acesso em: 05 set. 2014.

²⁶⁷ De acordo com a plataforma “Facebook para empresas”, ao fazer um anúncio de um site “e há uma ação específica que você quer que as pessoas executem como resultado de seu anúncio (por exemplo: comprar algo), é possível configurar pixels de rastreamento de conversão para saber se seus anúncios estão dando resultado ou não.” Disponível em: <<https://www.facebook.com/business/products/advanced-ads>>. Acesso em: 05 set. 2014.

²⁶⁸ O *Facebook* utiliza provedores de dados especializados em auxiliar os anunciantes a encontrar as pessoas certas para compartilhar seus anúncios. Entre os provedores de dados estão as empresas Acxiom, Datalogix e Epsilon. Disponível em: <<https://www.facebook.com/about/ads>>. Acesso em: 05 set. 2014.

²⁶⁹ De acordo com a declaração de direitos e responsabilidade do *Facebook*, item 9. Disponível em: <<https://www.facebook.com/legal/terms>>. Acesso em: 05 set. 2014.

²⁷⁰ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 158.

sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo.” Desse modo, diante da prestação de um serviço e da remuneração indireta, caracteriza-se a relação jurídica entre usuário e rede social como de consumo.²⁷¹

Observa-se, do exposto, o caráter ativo das redes sociais na coleta das informações disponibilizadas por seus usuários no ambiente virtual. Dentre as justificativas destacadas, nesta seção foi analisado o compartilhamento com as empresas anunciantes, ressaltando, assim, a dupla natureza das atividades desenvolvidas pelas redes sociais, bem como a relação jurídica estabelecida entre usuário e rede social: de consumo. Resta examinar a harmonia entre a justificativa quanto à segurança do serviço e a efetiva implementação de mecanismo para tal finalidade.

4.3 A TUTELA DA CONFIANÇA DO USUÁRIO E O DEFEITO NO SERVIÇO

A comunicação mediada pelo computador traz inovações na forma como as relações sociais são estabelecidas, na medida em que a identidade física e a personalidade dos participantes não são imediatamente dadas a conhecer. São relações formadas por laços de confiança recíproca, envolvendo apenas aspectos subjetivos dos usuários. No entanto, para estabelecer uma relação virtual, é necessária a utilização de sistema informatizado com o qual, muitas vezes, não se está familiarizado, desconhecendo-se o modo de funcionamento e, especialmente, os riscos a que se está sujeito. Trata-se de uma relação de confiança unidirecional, envolvendo questões objetivas de segurança legitimamente esperadas pelo usuário.

É unidirecional, porque a confiança do usuário é o valor pago para a utilização dos serviços virtuais, embora as redes sociais – numa tentativa de transferência de riscos – busquem propor a colaboração dos internautas na manutenção da segurança.²⁷² Vale reiterar que, a partir da adoção da noção de risco, passa-se da valoração subjetiva da conduta do

²⁷¹ Nas palavras de Cláudia Lima Marques, “o CDC exige a remuneração do serviço (isto é, enriquecimento do fornecedor pela sua atividade no mercado de consumo), seja diretamente, quando o consumidor ou seu empregador pagam àquele fornecedor, seja indiretamente, quando há remuneração por outros empresários, como pode ser o caso da publicidade no acesso à Internet gratuito, ou quando há lucro intrínseco na atividade, como no caso dos depósitos de poupança”. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 253.

²⁷² Cláusulas de registro e segurança nos termos de uso da rede social *Facebook*: “Os usuários do *Facebook* fornecem seus nomes e informações reais, e precisamos da sua ajuda para que isso continue assim. Estes são alguns compromissos que você firma conosco em relação ao registro e à manutenção da segurança de sua conta: Você não irá fornecer qualquer informação pessoal falsa no *Facebook*, nem criar uma conta para ninguém além de si mesmo sem permissão; Você não deve criar mais de uma conta pessoal;” Disponível em: <<https://www.facebook.com/legal/terms>>. Acesso em: 08 set. 2014.

fornecedor à valoração objetiva da atividade.²⁷³ O risco deverá ser debitado de quem possui melhores condições de prevê-lo e controlá-lo. Nessa esteira, Herman Benjamin²⁷⁴ ensina que os serviços colocados no mercado devem cumprir, além de sua função específica, um objetivo de segurança. O desvio deste objetivo caracteriza o vício de qualidade por insegurança, de modo que, quando se fala em segurança no mercado de consumo, o que se tem em mente é a ideia de risco.

Dessa maneira, no presente trabalho, o termo risco significa a probabilidade de que um atributo do serviço prestado pelas redes sociais não ofereça a segurança esperada, causando dano ao usuário. Tendo em vista a coleta de informações do usuário como parte do esforço da rede social em oferecer um ambiente virtual mais seguro e protegido, é preciso, assim, vincular à ideia de segurança a possibilidade de criação de perfil falso do usuário, justificando o dever de verificação prévia de cadastro e ponderando maneiras de realizá-la.

4.3.1 O perfil falso de usuário como defeito no serviço

O principal atributo de uma rede social é a criação de perfil pessoal a ser utilizado na conexão virtual com os demais participantes. Parte-se, como visto, do preenchimento de um cadastro com informações básicas (nome, data de nascimento, gênero, *email*), finalizando com a inserção de fotografia pessoal e outros dados de preferência pessoal. Nome e imagens pessoais, assim, formam o perfil básico, possibilitando a identificação pessoal pelos outros usuários.

As motivações que levam à criação de perfil numa rede social podem ser as mais variadas: desejo de encontrar amigo de infância, exposição de trabalhos artísticos (muitas vezes, através de pseudônimos ou personagens fictícios), necessidade de manter contato com clientes, dificuldade em iniciar um relacionamento pessoalmente, e, até mesmo, para práticas perniciosas como o *cyberbulling*. Fomenta-se tamanha variabilidade de motivos especialmente pela possibilidade de se desenvolver um perfil não correspondente ao criador

²⁷³ Referindo-se às fraudes bancárias, importante a lição de Gerson Branco quanto aos riscos das novas tecnologias: “Usar de teorias como da culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo* para justificar as fraudes no uso de senhas, é usar velhas ficções jurídicas para compreender problemas novos, a serem enfrentados. Se não podem ser negados os riscos sociais que as inovações tecnológicas trazem, não é possível transferir a responsabilidade por estes riscos para os elos mais fracos da corrente, eles devem ser distribuídos da mesma forma como os benefícios são aproveitados.” BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, nº 12, out/dez, 2002, p. 169-225, p.201

²⁷⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 154.

real, ou seja, um usuário poderá criar um perfil de pessoa i) inexistente (nomes e imagens fictícias), ii) existente, mas não usuária da rede social (nomes e imagens verdadeiros não cadastrados no sistema), ou iii) existente e usuária da rede social (nomes e imagens verdadeiros já cadastrados no sistema).

Tendo em vista o cadastro em rede social para fins nocivos (com informações básicas falsas), em relação às duas primeiras possibilidades, a identificação de terceiro mal-intencionado limita-se ao armazenamento, pela rede social, do número IP da máquina utilizada. Não há – pelo menos, atualmente – ferramentas tecnológicas que possibilitem o controle prévio de cadastro de personagens fictícios ou de pessoas não vinculadas à rede social, dada à ausência de informações que viabilizariam o cruzamento – ou comparação – de dados.

No que tange à criação de perfil de usuário já cadastrado, o serviço implementado pela rede social possui, como visto, maior número de fatores que possibilitam a detecção de fraude na criação do perfil. Dessa maneira, o risco da atividade prestada pela rede social está na possibilidade de um terceiro mal-intencionado criar perfil de usuário, gerando conteúdo ofensivo e, conseqüentemente, provocando danos tanto na esfera íntima, quanto social da vítima.²⁷⁵ Diante do exposto, impõe-se às redes sociais o dever de análise prévia de cadastramento de modo a garantir a segurança esperada pelo usuário.

4.3.2 O dever de controle do cadastro de usuário

Como visto, a exigência de verificação cadastral prévia se configura em medida de segurança mínima que o consumidor pode esperar. Na defesa de tal exigência, cabe repisar, primeiramente, a possibilidade constitucional em estabelecer balizas a serem observadas na prática da liberdade de expressão. Posteriormente, importante expor o método de controle cadastral utilizando as informações dos usuários coletadas pela arquitetura virtual da rede social.

Em que pese a salutar defesa à liberdade de expressão no âmbito da Internet, o desenvolvimento de ambientes virtuais de relacionamento desprovidos de uma efetiva conferência de identificação de seus usuários, potencializa os riscos de danos sob o manto do anonimato, já que gera a sensação de segurança às manifestações mal-intencionadas. Impende

²⁷⁵ Tanto é assim que há clara preocupação das redes sociais em transferir a responsabilidade por tais riscos aos usuários, estabelecendo, inclusive, cláusulas de isenção de responsabilidade. Disponível em: <<https://www.facebook.com/legal/terms>>. Acesso em: 08 set. 2014.

mencionar, nesse sentido, que o constituinte não excluiu a possibilidade de determinação de limites ao exercício do livre expressar, devendo ser observadas as vedações e garantias dispostas na Constituição Federal.²⁷⁶ Ressaltando, desse modo, os dispositivos constitucionais, a verificação prévia do cadastro de perfis nas redes sociais impõe, em certa medida, limite à liberdade de expressão em prol da adequada tutela à incolumidade moral de seus usuários.

Tendo em vista, assim, o respaldo constitucional e, especificamente, a coleta das informações dos usuários com fito de aprimorar a segurança do serviço prestado, cabe analisar o modo de controle cadastral. Parte-se da ideia de cruzamento dos dados disponibilizados e armazenados pelas redes sociais. Desse modo, a primeira comparação a ser feita é do conjunto nome-fotografia disponibilizado no perfil criado²⁷⁷ utilizando a mesma ferramenta implementada para sugestão – em tempo real – na marcação de usuário em fotografia inserida.²⁷⁸ Conjuntamente, deve-se realizar a verificação de endereços IP de acesso²⁷⁹, já que geralmente o usuário acessa seu perfil virtual em um número restrito de locais e equipamentos, como, por exemplo, o computador doméstico, o computador de trabalho, o celular, ou *notebook*, o que possibilita traçar uma região de acesso a ser comparada com aquela de onde se está criando o perfil.

Desse modo, apoderando-se de variados tipos de dados, a rede social tem plena possibilidade de implementar sistema de comparação instantânea de informações, evitando que perfis falsos de seus usuários sejam criados.²⁸⁰ Mais do que possível, é exigível o controle por parte das redes sociais do cadastro como parte dos esforços mínimos para oferecer um ambiente virtual seguro, tutelando as expectativas de seus usuários. Como a criação de perfil falso parte de iniciativa de terceiro, cumpre, por fim, analisar as causas excludentes de responsabilidade das redes sociais.

²⁷⁶ Nos termos do art. 220: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

²⁷⁷ “Pleito de exclusão de falso perfil em página no Facebook com utilização de imagem e do nome do autor, este aditado de adjetivo no mínimo pejorativo.” RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0054649-90.2013.8.19.0021. Apelante: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Apelado: Celso Pansera. Relator: Des. Roberto Guimarães. Julgado em: 21 de julho de 2014.

²⁷⁸ Conforme a política de uso de dados da rede social *Facebook*, a rede social pode “sugerir que seu amigo marque você em uma fotografia examinando e comparando fotografias de seu amigo com informações que reunimos a partir de suas fotos de perfil e das outras fotos em que você tenha sido marcado.” Disponível em: <<https://www.facebook.com/about/privacy/your-info>>. Acesso em: 16 set. 2014.

²⁷⁹ Além das tecnologias fornecidas pelos cookies, conforme central de ajuda do *Facebook*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/cookies>>. Acesso em: 16 set. 2014.

²⁸⁰ Consoante afirma Patrícia Peck, os provedores de serviços na Internet têm “capacidade técnica para implementar formas de controle e contingência, possibilitando a preservação de direitos e a cessação de sua violação quando determinado judicialmente.” PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 418.

4.4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE DAS REDES SOCIAIS

A responsabilização das redes sociais exige que o dano moral sofrido pelo usuário tenha sido causado por serviço defeituoso, isto é, deve-se estabelecer uma relação de causa e efeito entre o dano moral sofrido e a possibilidade de criação de falso perfil da vítima. As causas excludentes de responsabilidade estão ligadas à inexistência de nexo causal. Nos termos do art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: i) que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; ii) a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

Em relação ao primeiro ponto, não basta que os danos sofridos pelo consumidor tenham sido causados por um determinado serviço, sendo fundamental a apresentação de um defeito, causa do dano sofrido pelo consumidor. Sendo assim, o fornecedor deve demonstrar que, embora o dano possa ter sido causado pelo serviço, inexistia defeito.²⁸¹ Ou seja, cabe à rede social expor as medidas mínimas adotadas no intuito de proteger seu usuário, dispondo de mecanismos de verificação prévia de cadastro. Importante referir que a disponibilização de ferramentas de denúncia nas redes sociais não afasta a responsabilidade, uma vez que tais ferramentas não implicam na pronta exclusão de perfil falso e dos conteúdos ofensivos por ele veiculados.²⁸²

Quanto à culpa exclusiva do consumidor, afasta-se o comportamento acidental como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, enfatizando a necessidade de uma conduta, pelo menos, descuidada. É necessário verificar se o fato da vítima constitui causa adequada exclusiva, no processo causal, na consecução dos prejuízos sofridos pelo próprio prejudicado.²⁸³ Como visto, o uso de fotografias faz parte na elaboração do perfil pessoal, de modo que o uso dessas imagens na elaboração de perfis falsos deve ser encarado como parâmetro de controle cadastral, não como causa exclusiva do dano. Além disso, significativa parte dos casos envolvendo danos morais por conteúdo postado através de perfil falso se dá pela disponibilização indevida e sem consentimento de imagens feitas no âmbito privado e íntimo da vítima, não se configurando, da mesma forma, em excludente de responsabilidade.

²⁸¹ “Se fosse atribuído o ônus da prova ao consumidor vítima de um acidente de consumo, a demonstração, em boa parte dos casos, seria praticamente impossível, uma autêntica prova diabólica.” SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 288.

²⁸² Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70060648623. Apelante: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Apelado: Câmara Municipal de Torres. Relator: Des. Heleno Tregnago Saraiva. Julgado em 28 de agosto de 2014.

²⁸³ Nesse sentido: SANSEVERINO, *op. cit.*, p. 292.

Por fato exclusivo de terceiro entende-se a atividade desenvolvida por uma pessoa determinada que, sem ter qualquer vinculação com a vítima ou com o causador aparente do dano, interfere no processo e provoca com exclusividade o evento lesivo.²⁸⁴ No âmbito das redes sociais, irrefutável o magistério de Bruno Miragem:

“O mero fato do ilícito praticado, e que veio a gerar danos, ter sido causado por terceiro, não há de se tratar como excludente a hipótese em que a oportunidade para o cometimento do ilícito gerador do dano se dá em razão do não atendimento de condições de segurança pelo fornecedor.”²⁸⁵

O nexo de causalidade pode ser determinado em vista do raciocínio de que não teria havido a publicação se não existisse a oportunidade de ser publicada, sem efetivos controles por parte de quem organiza e mantém a rede social.²⁸⁶ Se o site de relacionamento não tivesse sido desenvolvido pela empresa que o promove sem os controles que evitassem a possibilidade destes danos, tal resultado não teria ocorrido. Assim, qualquer falha na identificação do usuário – ou qualquer operação que não tenha sido realizada por este, mas por um fraudador –, levará à responsabilização das redes sociais pelos possíveis danos sofridos pelos usuários, cuja confiança na segurança e proteção há de ser tutelada.²⁸⁷

4.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

As redes sociais na Internet não possuem caráter meramente passivo, característico dos provedores intermediários, apenas fornecendo um ambiente virtual de relacionamento. A implementação da arquitetura desses ambientes está voltada a oferecer um grande número de instrumentos que, concomitantemente, divulgam – passivamente – as informações aos demais usuários e as coletam – ativamente – de modo a aprimorar a segurança do serviço e a fornecer

²⁸⁴ Conforme ensinamento de Sanseverino. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

²⁸⁵ MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade da informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da Internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, Vol. 70, 2009, p. 41-92, p. 85.

²⁸⁶ Cumpre repisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto à diligência média esperada do provedor na adoção de providências para a identificação dos usuários do site, em que pese esteja voltado para medidas compensatórias do dano, e não preventivas. “Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.193.764-SP. Recorrente: IP DA SB. Recorrido: Google Brasil Internet LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Julgado em: 14 de dezembro de 2010.

²⁸⁷ Nesse sentido: MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, Vol. 64, 2007, p. 43.

às empresas patrocinadoras. Em razão deste aspecto ativo das redes sociais, dois pontos foram destacados: a relação de consumo estabelecida entre o usuário e a rede social, e o dever de segurança decorrente não apenas do uso das informações, mas, especialmente, da legítima expectativa do usuário.

Conjugando o conceito de serviço defeituoso previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 14, §1º), o qual se vincula à expectativa legítima do usuário da rede social, com a explícita justificativa de utilização dos dados coletados para tornar o ambiente virtual de relacionamento mais seguro, impõe-se o dever de cuidados mínimos dentro da esfera de controle e de implementação das redes sociais.²⁸⁸ Dessa maneira, tem-se dois momentos de proteção ao usuário: primeiro, quanto à incolumidade moral, devendo a rede social adotar postura preventiva, implementando mecanismos de controle prévio de cadastro de modo a evitar a criação de perfil falso para fins nocivos. E, num segundo momento, tutelando o direito à indenização e de resposta, devendo a rede social adotar medidas que identifiquem o terceiro mal-intencionado, conforme jurisprudência atual do STJ.

Portanto, fundamentando-se na teoria da qualidade apresentada por Herman Benjamin, responsabiliza-se objetivamente a rede social na Internet que, pela carência de segurança quanto à possibilidade de criação de perfil falso da vítima, permite o cometimento de atos de terceiro que resultem em danos morais ao usuário.

²⁸⁸ Além de tudo, os deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva impõem ao fornecedor de serviços na Internet uma obrigação constante de atualização dos elementos técnicos destinados a assegurar a segurança do negócio. MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 170.

5 CONCLUSÕES FINAIS

No esforço do Direito em consagrar a primazia da pessoa humana no âmbito das relações privadas, tradicionalmente arraigadas ao aspecto patrimonial, é visível a constante flexibilização de tradicionais dicotomias: direito público e privado, eficácia direta e indireta, responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade objetiva e subjetiva. Especificamente, no delicado campo das relações flagrantemente desequilibradas, cujos riscos tecnológicos não são adequadamente distribuídos, o intuito não é compensar todo e qualquer dano valendo-se do uso indiscriminado do valor da dignidade humana, mas buscar o equilíbrio dos múltiplos interesses contrapostos através de uma postura ativa e preventiva.

O instituto da responsabilidade civil, voltando-se para a inviolabilidade dos direitos fundamentais constitucionalmente determinados, lança mão do princípio da boa-fé objetiva, especialmente do dever anexo de proteção, de modo a afastar neutralidade e inércia dos fornecedores de serviços frente à proteção dos interesses de seus usuários. No contexto tecnológico das relações virtuais na Internet, a função preventiva aliada ao domínio técnico dos desenvolvedores das redes sociais, estimula a implementação de cuidados mínimos, de sorte a proporcionar aos usuários um ambiente de navegação saudável e razoavelmente seguro contra os riscos que a própria rede social instrumentaliza.

Dada a vulnerabilidade do internauta perante o sistema informatizado das redes sociais e a relação jurídica estabelecida em decorrência da monetização das informações coletadas e repassadas às empresas patrocinadoras, aproxima-se da tutela prevista no Código de Defesa do Consumidor, cuja finalidade reside na promoção do equilíbrio das relações de consumo, exigindo, dentre os diversos mecanismos de proteção, a adoção de medidas preventivas por parte dos *sites* de relacionamento virtual. No âmbito do código consumerista, vincula-se à atividade desempenhada um dever de qualidade, caracterizando como defeituoso o serviço que não fornece a segurança esperada pelos usuários em relação à incolumidade de sua saúde.

Não se pode desconsiderar o poder de intervenção daqueles que desenvolvem o meio pelo qual determinados danos ocorrem, e só não o fazem por receio de prejudicar seu negócio. A exigência de proteção do usuário não impõe a descaracterização das redes sociais, exigindo um ambiente de absoluta segurança, mas, ao contrário, requer a compatibilização de todas suas potencialidades com a promoção de controles mínimos de identificação e de cadastramento dos usuários, dificultando, assim, a tentativa de criação mal-intencionada de outro perfil do usuário.

Dessa maneira, a adequada proteção da confiança dos usuários no âmbito das redes sociais na Internet parte do cumprimento de um duplo dever. Primeiro, o dever relativo à identificação do usuário – especificamente, do terceiro mal-intencionado. Aqui, o foco está na reparação do prejuízo, isto é, releva-se a ocorrência do dano por conteúdo gerado através de perfil falso, mas a rede social deverá identificar aquele que causou prejuízo, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada, de modo a permitir possível ação de indenização. Essa é a exigência atual do Superior Tribunal de Justiça, que considera o registro de protocolo da internet (endereço IP) como meio razoavelmente eficiente de rastreamento.

No entanto, apenas o registro de um número vinculado a uma máquina – e não a um usuário – não é garantia de identificação, mas mera indicação de um destino que pode estar longe de ser alcançado. Além disso, não se pode considerar como verdadeiro esforço o armazenamento de número IP, dado que algumas linhas de programação são suficientes para a execução de tal exigência. Esse esforço não seria, assim, compatível com os riscos a que se submete o usuário diante de uma rede social insegura, devendo ser imposto, a fim de equilibrar a relação entre usuário e rede social, um dever adicional de proteção.

Trata-se do dever de controle cadastral, cujo foco está na prevenção do dano. Não se defende a segurança absoluta, capaz de inviabilizar as atividades das redes sociais, mas um mínimo de esforço condizente com a confiança depositada pelo usuário no serviço prestado. Para tanto, as redes sociais utilizariam os variados tipos de dados que coletam de seus usuários, a fim de traçar um perfil dinâmico de cada um deles, permitindo a comparação com aquele usuário que tenta desenvolver um perfil falso. É preciso sublinhar que o esforço está na implementação de um sistema que permita a comparação – em tempo real – entre o perfil que está sendo criado e aquele que já está sendo utilizado, dado que a arquitetura para a coleta das informações necessárias para a execução deste dever já está desenvolvida.

Portanto, a confiança do usuário não está consubstanciada somente na possibilidade de promover ação de reparação contra o terceiro – identificado pelo provedor – que provocou o dano moral, mas, antes, na sua segurança física e psicológica na utilização dos serviços disponibilizados pela rede social, o que requer esforço na implementação de mecanismos preventivos contra o desenvolvimento de perfil falso. Segue-se, assim, a lógica estabelecida pelo art. 14, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual o fornecedor de serviços responderá, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados por defeito relativo à prestação do serviço, isto é, quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar.

Cumprir mencionar, por fim, que a Internet é uma ferramenta consolidada em âmbito mundial, incorporando-se no cotidiano da sociedade, mas a sua continuidade depende da criação de mecanismos capazes de reprimir sua utilização para fins nocivos, sob pena dos malefícios da rede suplantarem suas vantagens. Ao agregar um dever de qualidade ao serviço prestado, objetivando a responsabilidade do fornecedor que não o observar, mais do que estimular a adoção de instrumentos inibidores de ações prejudiciais, cumpre-se um dever de solidariedade social, refletindo nas futuras gerações, na medida em que o atual esforço pela proteção da dignidade humana será incorporado no decorrer da evolução tecnológica.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org). **Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- 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 terceiros. In: MIRANDA, Jorge; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato Fruet (org.). **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012, p.226-280.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan-mar, 2009.
- BARBOSA, Lívia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 238-261.
- _____, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos de personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 63-100.
- BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: Edições 70, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício. Jurisdição e lei aplicável na Internet: adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet vol.II – Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Cap. 15, p. 441 - 489.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1954. v.3.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BITTAR, Eduardo C. B. Direitos do consumidor e direitos de personalidade. Limites, intersecções, relações. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Direito do consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção**. Coleção doutrina essenciais; v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.142.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, nº 12, out-dez, 2002, p. 169-225.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 00086, de 25 de abril de 2011. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm>. Acesso em: 20 de jul. 2014.

_____. Presidência da República. Secretaria da Comunicação Social. **Pesquisa brasileira de mídia 2014: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira**. Brasília: Secom, 2014.

_____. Projeto de Lei n. 180 de 2014. **Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=117646>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1428488-SC. Agravante: RG. Agravado: Banco Bradesco S/A. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgado em 11 de junho de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 685662-RJ, Recorrente: Rita de Cássia de Sousa Machado. Recorrido: Banco ABN Amro Real S/A. Rel. Min Nancy Andrighi. Julgado em 05 de dezembro de 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.193.764-SP. Recorrente: IP DA SB. Recorrido: Google Brasil Internet LTDA. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 14 de dezembro de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.323.754 -RJ. Recorrente: Google Brasil Internet LTDA. Recorrido: Grasielle Salme Leal. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 19 de junho de 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.388.994-SP. Recorrente: Fernando Capez. Recorrido: José Carlos Amaral Kfourir. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 19 de setembro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.398.985-MG. Recorrente: Yahoo do Brasil Internet LTDA. Recorrido: Centro Educacional de Formação Superior. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 19 de novembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130-DF. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Arguido: Congresso Nacional. Relator: Min. Carlos Britto. Julgado em 30 de abril de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82424/RS. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Min. Moreira Alves. Julgado em 17 de setembro de 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24369. Impetrante: Conselho Federal de Farmácia. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 16 de outubro de 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CAPRA, Fritjof. Vivendo redes. In: DUARTE, Fábio; QUANDT, Carlos; SOUZA, Queila (org.). **O Tempo das redes**. São Paulo: Perspectiva, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____, Manuel. **A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura, v.1**. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

CENTRO DE ESTUDOS SOBRE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no Brasil: TIC Domicílios e Empresas 2012**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2013. Disponível em <<http://www.cetic.br/publicacoes/2012/tic-domicilios-2012.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2014.

COMER, Douglas E. **Redes de computadores e internet**. Tradução Álvaro Strube de Lima. Porto Alegre: Bookman, 2007.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

DE LUCCA, Newton. Aspectos atuais da proteção aos consumidores no âmbito dos contratos informáticos e telemáticos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. **Direito & Internet vol.II – Aspectos Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Cap. 1, p. 26 - 76.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil. V. I**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil. V. II.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DONEDA, Danilo. “O direito fundamental à proteção de dados pessoais”. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito Privado e Internet.** São Paulo: Atlas, 2014.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GASSER, Urs; FARIS, Robert; HEACOCK, Rebekah. **Internet Monitor 2013: Reflections on the Digital World.** The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series. Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2013/reflections_on_the_digital_world>. Acesso em: 05 set. 2014.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____, Orlando. **Obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).** São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. **Measuring the Information Society 2013.** Genebra: ITU, 2013. Disponível em: <http://www.itu.int/en/ITUUD/Statistics/Documents/publications/mis2013/MIS2013_without_Annex_4.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** São Paulo: Discurso Editorial: Bacarolla, 2009.

KEEN, Andrew. **Vertigem Digital: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando.** Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

KUROSE, James F.; ROSS, Keith W. **Redes de computadores e Internet: uma abordagem top-down.** São Paulo: Addison Wesley, 2010.

KRAMER, Adam D. I.; GUILLORY, Jamie E.; HANCOCK, Jeffrey T. Experimental evidence of massive-scale emotional contagion through social networks. In: **PNAS – Proceedings of the National Academy of Sciences. June, 2014, vol. 111, nº 24.** Washington DC: PNAS, 2014, p. 8788-8790. Disponível em: <www.pnas.org>. Acesso em: 29 set. 2014.

HAGEL, John. **Vantagem competitiva na Internet: como criar uma nova cultura empresarial para atuar nas comunidades virtuais.** Rio de Janeiro: Campus, 1998.

HECK, Luiz Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 29, jan/mar, 1999, p. 40-54.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. Porto Alegre: Sulina, 2008.

LEMOS, Ronaldo; SOUZA Carlos Affonso Pereira de; BRANCO, Sérgio. Responsabilidade civil na Internet: uma breve reflexão sobre a experiência brasileira e norte-americana. **Revista de Direito das Comunicações**, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 1, p. 80, jan-jun, 2010.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**. Rio de Janeiro: Editora 34, 1993.

_____, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

LESSIG, Lawrence Lessig. **Code: version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

LIMA, Alvinio. **Culpa e Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 37, jan-mar, p. 59-76, 2001.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico**. Tradução: Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____, Ricardo L. *La oferta como apariencia y la aceptación basada em la confianza*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, Vol. 35, p.9-38, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2011.

_____, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jaime. In: MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo

(coord.). **Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 130-167.

_____, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 64, 2007, p. 43.

_____, Guilherme Magalhães (coord.). **Direito Privado e Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____, Judith. **Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____, Judith. **Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____, Judith Hofmeister. Ação indenizatória: dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: LOPES, Teresa Ancona (Coord.). **Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente: o paradigma do tabaco: aspectos civis e processuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 277-318.

_____, Judith Hofmeister. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 90, n. 789, julho de 2001, p. 21-47.

_____, Judith Hofmeister. O Direito Privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 753, julho de 1998, p. 24.

_____, Judith Hofmeister. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 77-96.

_____, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o direito brasileiro. **Revista CEJ**. Brasília, n. 28, jan. mar. 2005, p. 15-32.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 31, nº 122, abril/junho, 1994.

_____, Gilmar Ferreira. **Diretos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 50, abril, 2004, p. 9.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0024.06.215178-2/001. Apelante: Banco Itaú S/A - Apte(s) Adesiv: Cristiane Campos Monteiro - Apelado(a)(s): Banco Itaú S/A, Cristiane Campos Monteiro. Relator: Exmo. Sr. Des. Mota e Silva. Julgado em 29 de novembro de 2007.

MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, Vol. 81, 2012, p. 39-88.

_____, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: vulnerabilidade do consumidor e modelos de proteção. Coleção doutrinas essenciais; v. 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 25-51.

_____, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade da informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da Internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais, Vol. 81, 2009, p. 41-92.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NETO, Eugênio Facchini. A constitucionalização do direito privado. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1, nº 1, 2012.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1.

_____, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0023275-56.2013.8.19.0021. Apelante: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Apelado: Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora Rio. Relator: Des. Roberto Guimarães. Julgado em: 21 de jun. de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0054649-90.2013.8.19.0021. Apelante: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Apelado: Celso Pansera. Relator: Des. Roberto Guimarães. Julgado em: 21 de julho de 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70060648623. Apelante: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Apelado: Câmara Municipal de Torres. Relator: Des. Heleno Tregnago Saraiva. Julgado em 28 de agosto de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Recurso Inominado nº 71004626925. Recorrente: Rafaela Nunes. Recorrido: Facebook LTDA. Relator: Des. Cleber Augusto Tonial. Julgado em 26 de fevereiro de 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Recurso Inonimado nº 71001541390. Recorrente: José Pio Teixeira Mendes. Recorrido: Banco Itaú S/A. Relator: Des. Leo Pietrowski. Julgado em 16 de julho de 2008.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. Paris: Librairie Générale de Droit et de jurisprudence, 1951, v. 1.

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

_____, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2013.

SHAPIRO, Carl; VARIAN Hal R.. **A economia da informação: como os princípios econômicos se aplicam a era de Internet**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____, Clóvis do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.667, 1991, p. 7-16.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Editora Bernardo Alvares, 1962.

SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo**. Porto Alegre: Bookman, 2002.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. São Paulo: Atlas, 2011.

TANENBAUM, Andrew S.; WETHERALL, David. **Rede de Computadores**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. **Revista Jurídica**, São Paulo, Notadez, nº 296, 2002, p. 7-18.

_____, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THOMPSON, Marcelo. Marco Civil ou demarcação de direitos? Democracia e razoabilidade e as fendas da Internet no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 261, p. 203-251, set./dez. 2012.

TOFFLER, Alvin. **A Terceira Onda**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1980.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 8 de junho de 2000. Disponível em: < <http://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/DIR00-31-CE.pdf>> Acesso em: 05 de setembro de 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2004.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.