



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Responsabilidade Civil por Dano Moral na Criação de Perfil Falso no *Orkut*

Andréa Veríssimo de Vasconcelos Bastos

Rio de Janeiro
2009

ANDRÉA VERÍSSIMO DE VASCONCELOS BASTOS

Responsabilidade Civil por Dano Moral na Criação de Perfil Falso no *Orkut*

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO MORAL NA CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO NO *ORKUT*

Andréa Veríssimo de Vasconcelos Bastos

Graduada em Direito pela
Universidade Iguazu.

RESUMO: Este trabalho aborda a responsabilidade civil decorrente da criação de perfil falso no *Orkut*, ponderando os direitos fundamentais em conflito e a falta de regulamentação específica para o mundo virtual. A análise perpassa pelas fases de criação de um perfil e na relação existente entre *Google* e *Orkut*. Enfrenta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e subsume a hipótese no âmbito do Direito Civil, classificando a responsabilidade do *Google* como subjetiva.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Dano moral. Internet. *Orkut*.

Sumário: Introdução; 1. Responsabilidade Civil; 2. Dano moral; 3. Sujeito Passivo do Dever de Indenizar; 4. Criação de um perfil no *Orkut*; 5. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor; 6. Aplicação do Código Civil; 7. Análise Jurisprudencial; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o dano moral decorrente da criação de perfil falso no *Orkut* e traz à discussão qual seria a melhor classificação a ser dada à responsabilidade civil, se objetiva ou subjetiva, inclusive quanto à possibilidade ou não de aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Fato é que, com o crescimento do uso da Internet, o contato físico entre as pessoas perdeu cada vez mais espaço para o virtual, pois as pessoas passaram a se relacionar quase

que integralmente pela Internet, cunhando-se inclusive o termo “exclusão digital” para aqueles que resistiram ou apresentaram dificuldades com o manuseio de tal ferramenta, situação progressivamente mitigada diante das investidas governamentais focadas na ampliação do acesso a computadores, inclusive à Internet.

Ressalte-se que em alguns casos o acesso à Internet passou a ser caminho obrigatório, como ocorre, por exemplo, com o dever de serem prestadas as informações à Secretaria da Receita Federal para apuração do imposto de renda.

Da mesma forma, empresas e instituições de ensino também vêm reforçando o atendimento ao cliente/usuário por intermédio da Internet, já existindo, inclusive, cursos à distância promovidos justamente pela possibilidade de uso da rede mundial de computadores.

Além disso, a própria concepção do processo judicial virtual já é reflexo do expressivo uso dos recursos digitais, intimamente vinculado ao uso da própria Internet.

Em meio a essa realidade, vieram os *sites* de relacionamento – dentre os quais se insere o *Orkut* -, focado em viabilizar o encontro de pessoas dos mais diferentes lugares, mas com interesses em comum, formando-se grupos de amigos e comunidades, inclusive com a possibilidade de se compartilhar fotos e vídeos.

No entanto, o uso do *Orkut* vem sendo desvirtuado, pois passou a ser utilizado para prática de atos ofensivos à honra e de ilícitos penais, como pedofilia, racismo, homofobia, tráfico de drogas e outros, sendo certo que os aspectos penais não serão abordados neste estudo.

Como o ordenamento jurídico brasileiro não possui regramento específico para essas relações virtuais, deve o aplicador do Direito recorrer à analogia para solução dos conflitos existentes, sendo díspares as decisões jurisprudenciais até então proferidas, razão da inquietação que fomentou este trabalho.

No *Orkut*, cada usuário cria um perfil por intermédio do qual passa a ser identificado perante todos os demais, podendo até mesmo possuir vários perfis ou contas. E por conta dessa facilidade várias contas vêm sendo criadas em nome de terceiro, muitas delas em nome de pessoas da mídia – Pelé, Xuxa, Lula, e outros -, com informações falsas, pejorativas, humilhantes, vexatórias ou, no mínimo, constrangedoras, causando transtornos à pessoa real a ele correspondente.

Daí, o ensejo de dano à moral, na medida em que a honra, tanto a objetiva como a subjetiva, passou a ser maculada em nome do alegado direito à livre manifestação do pensamento.

O *Orkut* é administrado pelo *Google*, pessoa jurídica, a quem se atribui a responsabilidade pelos danos causados por intermédio do *site*, mas, tormentosa é a classificação dessa responsabilidade, considerando a ausência de remuneração direta, a disponibilização de serviço para coibição de abusos e a questionável possibilidade de um controle preventivo diante da real possibilidade técnica, o enorme número de usuários e eventual exercício de censura não autorizado.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

A vida em sociedade reclama a intervenção do Estado de forma a garantir a paz social, dirimindo conflitos de interesses e reprimindo condutas lesivas à convivência harmoniosa.

Leciona CAVALIERI FILHO (2006, p.25-26) que “a violação de um dever jurídico configura o ilícito que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano”. Essa é a noção básica do dever de reparar, consequência do descumprimento de uma obrigação.

Essa obrigação pode ter origem na manifestação de vontade ou em dispositivo de lei, daí a responsabilidade contratual e a extracontratual. Identifica-se, no entanto, em ambas a possibilidade de serem analisadas sob o aspecto subjetivo, de forma a reclamar ou não a presença do elemento culpa.

A necessidade da presença desse elemento subjetivo se traduz na responsabilidade subjetiva, enquanto sua dispensa conduz para a responsabilidade objetiva.

O ordenamento jurídico brasileiro, tanto constitucional quando infraconstitucional, encampa ambas as espécies de responsabilidade, com nítidos avanços à responsabilidade objetiva, notadamente com o advento do Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002.

Classificar a responsabilidade civil do provedor *Orkut* é tarefa ainda sem solução, pois os posicionamentos jurisprudenciais se iniciam e se apresentam de forma dissonante.

Há posições a favor responsabilidade objetiva, outros pendem para a responsabilidade subjetiva e existem, ainda, os que defendem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Daí a indagação: Qual a mais correta classificação a ser dada à responsabilidade civil do *Orkut*? Não se tem a pretensão de solucionar tal impasse, mas trazer a discussão à tona e fornecer um panorama sobre a situação jurisprudencial existente até o momento, a fim de possibilitar uma possível convergência para um único entendimento, ou quiçá, ao menos, um entendimento majoritário, de forma a ter-se uma maior segurança jurídica.

Essa ausência de norma específica já foi inclusive destacada em artigo publicado por BLUM (2003) em que se reconhece a perfeita aplicação do Código Civil às questões jurídicas da Internet, com a ampliação dos mecanismos legais de proteção, mas defendendo a necessidade de regramento específico e adequado ao ambiente digital, notadamente quando há diversos projetos de lei dedicados ao assunto, discutidos, no entanto, de forma isolada.

Também na defesa de normatização, ALVES (2001, p.26-27) afirma que “A Internet não tem gerente, controlador ou proprietário. Esta característica reflete as maiores dificuldades para normatização jurídica das relações estabelecida *on line*.”

Porém, outro ponto dificulta a adequação normativa, qual seja a velocidade com que as alterações no mundo virtual ocorrem e a utilização de paradigmas totalmente diversos do mundo real, como acontece na criação dos chamados *fakes*.

Os *fakes* são também perfis falsos, mas muito utilizados por adolescentes para criação de uma pessoa “virtual” por intermédio da qual externam suas fantasias juvenis, para, mesmo que por um instante, ser uma pessoa completamente diferente, ter outro dia a dia, sensações novas e distintas, a ponto de existir comunidades específicas para o encontro de *fakes*. Meninas criam personagens masculinos e vice-versa a fim de experimentar “estar do outro lado”. Isso para ilustrar a gama de situações estranhas que são encontradas no mundo virtual.

A diferença é que no *fake* não há, a princípio, dano, como acontece no perfil falso, quando há nítido interesse em atingir a honra da pessoa ali referida. Tudo isso demonstra que o uso da Internet possibilita justamente uma maior expressão da liberdade, que não se compatibiliza com a realização de uma censura prévia, ainda que essa fosse possível.

Outra situação existente e que dificultaria eventual atribuição do dever de prevenção ao *Orkut* é a hipótese de pessoas que veiculam em seus perfis informações que podem ser consideradas ofensivas sob o prisma tradicional da sociedade brasileira. Há meninas que se apresentam como prostitutas, por exemplo.

Logo, um usuário que exponha sua vida sexual poderia ter seu perfil extirpado por um eventual controle preventivo realizado pelo provedor de forma equivocada, resultando em violação ao contrato virtual de hospedagem.

Além disso, o *Orkut* é utilizado por pessoas do mundo inteiro. Assim, se for o caso de se introduzir alguma política de prevenção, ela deverá observar a grande diversidade de costumes, culturas e tradições, sob pena de deficiente interpretação às informações veiculadas nos milhões de perfis. Exemplifica-se: A foto de uma vaca sendo sacrificada veiculada por intermédio do perfil de um brasileiro será tida como ofensiva na comunidade indiana.

Isso desconsiderando que muitos dos usuários sequer informam corretamente seu país de origem.

2. DANO MORAL

Com a Constituição da República de 1988, ficou ultrapassada a fase da irreparabilidade do dano moral, diante do que estabelece o seu artigo 5º, inciso V. No entanto, não deixou de ser apresentado o conceito de moral.

Entende-se moral como sendo qualquer daqueles direitos inerentes à dignidade da pessoa humana ou nos direitos de personalidade. Os primeiros de cunho objetivo, tais como: honra, nome, intimidade, privacidade e liberdade. Os demais de marca subjetiva: imagem, bom nome, reputação, sentimentos, relações afetivas.

Além disso, o texto constitucional também protege o direito à livre manifestação do pensamento, vedado tão somente o anonimato, também inerente aos direitos fundamentais, com mesma envergadura do direito à honra.

Assim, no caso da criação de perfil falso no *Orkut*, o direito à livre manifestação do pensamento conflita com o direito à honra, ambos elevados à categoria de direitos fundamentais, e a solução desse conflito está na ponderação entre eles.

Dessa ponderação, conclui-se pelo detrimento do direito à livre manifestação do pensamento em função do direito à honra, que funciona como verdadeiro limitador daquele,

visto que o excesso de um não pode ser permitido em desfavor do outro. Certo é que fatos depressivos da vida privada não devem ser propalados, ainda que verdadeiros, diante da total ausência de interesse público. Fato é que havendo excesso, haverá dano.

Extraí-se da doutrina de MORAES (2009, p. 53) que “Os direitos à intimidade e à própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas”.

Acrescenta o citado doutrinador que devem ser exercidos vigilância e controle sobre matérias publicadas, pois a liberdade de pensamento não pode ser abusiva.

No mesmo sentido é a lição de GARCIA (2008, p. 396), quando assevera que “A liberdade de expressão, no entanto, encontra seus limites na proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes ao Estado de Direito, como a honra, a intimidade e a própria dignidade das pessoas. Além disso, deve ser exercida de modo a não aviltar aspectos vitais à subsistência do Estado e à própria vida em sociedade”.

Avança o referido doutrinador na discussão que se estabelece em contrapor-se o direito à liberdade e à realização de uma censura prévia, concluindo que essa deve ser vedada por sua total incompatibilidade com um Estado Democrático de Direito, vislumbrando aplicação excepcional para a defesa da manutenção da própria unidade constitucional.

Culmina a lição por debater a compatibilidade da liberdade de expressão com o anonimato, considerando que esse, muitas vezes, serve de estímulo às pessoas, em situação de fragilidade, em apresentar suas idéias, mas reforçando a perfeita harmonia entre tais institutos, pois o anonimato inviabilizaria a responsabilização do autor de possíveis ilícitos à honra alheia.

Nesse particular, interessante destacar que o dano moral não é passível de indenização, mas de compensação, pois não se pretende devolver a vítima ao estado anterior,

uma vez que a natureza do dano impede essa reconstrução, mas sim compensá-la pela dor, constrangimentos e humilhação causados por uma conduta lesiva.

3. SUJEITO PASSIVO DO DEVER DE INDENIZAR

A quem imputar a responsabilidade por eventual dano moral causado pela criação de um perfil falso feito no *Orkut*? Ao *Google*, ao seu proprietário, ou ao usuário criador do perfil viciado?

Sem dúvida, esse é mais um importante questionamento que precisa ser observado, notadamente quando a garantia constitucional permite a livre manifestação do pensamento, mas exige o não anonimato.

Sabe-se que o *Orkut* é um serviço prestado pelo *Google* e pode ser classificado como provedor de hospedagem. Apesar disso, nas defesas deduzidas em juízo é apresentada a tese de ter apenas a responsabilidade de registrar o número dos IP's - *Internet Protocol* – das máquinas utilizadas nos acessos e que, por isso, não pode identificar os usuários, tarefa que reputa ser atribuída aos provedores de acesso.

Ocorre, porém, que a identificação da máquina é insuficiente, na maioria das vezes, para alcançar as pessoas físicas idealizadoras do perfil contestado, notadamente diante da grande expansão do acesso virtual, alcançando, inclusive, as chamadas classes C e D.

Portanto, se o *Orkut* não tem como identificar os usuários de comportamento nocivo, há anonimato, o que, em consequência, conduz à presença do *Google* no pólo passivo de uma ação indenizatória, sob pena de ficar inviabilizada a responsabilização pelo dano provocado. Até mesmo porque, diante da verificação de uma página nociva, tem ele o dever de extirpá-la, como inclusive é previsto nos termos orientadores de seus serviços.

Nesse particular, pertinente a lição trazida por PAREDES (2002), que aponta a existência de duas formas de anonimato: o de expressão do pensamento e o de trânsito. O primeiro vedado, e o segundo, denominado anonimato de trânsito, estariam inseridos no princípio da legalidade consagrado no art. 5º, II, da CRFB – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em decorrência dessa garantia constitucional, qualquer tentativa de limitar o anonimato violaria um dos pontos cardeais da Internet, que é o de navegar de forma anônima, mormente quando eventual captação de dados pessoais importaria na vulnerabilidade da intimidade e privacidade do internauta. Contudo, a hipótese em análise não se restringe ao simples ato de navegar, mas também ao fazê-lo de forma responsável e sem causar danos a terceiros.

Ao se criar uma conta no *Orkut*, é necessário efetuar-se uma adesão ao Termo do Serviço, em que se destaca a responsabilidade do usuário, denominada de integral (cláusula 8.1), por todo o conteúdo disponibilizado, reservando-se ao *Orkut* o direito, sem qualquer obrigação de realizar uma seleção e até remoção de todo ou parte do conteúdo apresentado (cláusula 8.3).

Entretanto, o *Orkut* faculta o fornecimento de informações pessoais dos usuários (cláusula 5.1). Logo, se o usuário não se identificar ou o fizer com dados incorretos, sua identificação é duvidosa. Talvez em razão disso, o *Orkut* disponibilize serviço de denúncia para o uso abusivo, por intermédio do qual exclui perfis e comunidades contrárias à sua política de uso ou as que forem denunciadas por terceiros.

Ocorre que, para denunciar o abuso, é necessário ser membro do próprio *Orkut*. Tamanha restrição inviabiliza a plena efetividade da medida.

Então, mesmo que não haja uma identificação direta do usuário em si, à medida que os perfis ou comunidades são extirpados do mundo virtual por intervenção do *Orkut*,

identificam-se essas duas relações: o *Orkut* e seus usuários e a atividade desses últimos perante terceiros; todavia, se o criador do perfil falso for prontamente identificado – até mesmo pelo ofendido – é cabível sua responsabilização direta em lugar do *Google*.

Ressalte-se que a regra do dever de reparar é a chamada responsabilidade direta, ou seja, cada um deve responder por seus próprios atos, sendo a responsabilidade por fato de outrem, traduzida na infração do dever de vigilância, situação excepcional que possui regramento específico no qual não se insere o *Google* em razão do *Orkut* – o que se depreende a interpretação a ser dada ao artigo 932 do Código Civil.

4. CRIAÇÃO DE UM PERFIL NO *ORKUT*

A finalidade do *Orkut* é reunir pessoas com afinidades, por intermédio de amigos em comum ou não, permitindo que mensagens, fotos ou vídeos sejam compartilhados.

A partir do ingresso do usuário, que se realiza pela aceitação ao convite de um integrante ou de forma espontânea, é ele quem determina o conteúdo de sua página no *Orkut*.

No entanto, o ingresso de uma pessoa no *Orkut* não sofre qualquer filtro. Não há sequer solicitação de dados pessoais capazes de identificar, de forma segura, o usuário - até porque a identificação realizada é apenas dos IP's das máquinas.

Esse filtro normalmente é usado por *sites* remunerados diretamente por seus usuários, como por exemplo, Terra, UOL e Globo, diante da necessidade de cobrança pelos serviços disponibilizados, formação de mala direta e outras.

Como o *Orkut* se intitula de uso gratuito, dispensa esse procedimento, talvez até para fomentar o ingresso e garantir o crescimento do número de usuários.

GLANZ (2006), fazendo referência ao estudo apresentado por Antonio Lindberg Montenegro, classifica a responsabilidade do provedor pela natureza do serviço prestado, quais sejam: de acesso, de hospedagem, de conteúdo e de *e-mail*.

Os provedores de acesso responderiam pelos danos provenientes da deficiência do serviço; os de hospedagem contratualmente perante o cliente e extracontratualmente perante terceiros lesados; os de conteúdo/serviços pelo dever de controlar seus programas de forma a impedir a ocorrência de danos e os de *e-mail*, resguardar o sigilo da correspondência.

Verifica-se, portanto, que o *Orkut* reúne as atribuições de provedor de hospedagem e de conteúdo, pois acolhe páginas mantidas por terceiro e admite a possibilidade de fiscalização e repressão posteriormente.

Prepondera, no caso de perfil falso, o serviço de hospedagem, pois a admissão de um usuário não passa por qualquer critério de seleção, sendo de responsabilidade do usuário a inserção de mensagens, fotos e vídeos na página do *Orkut*.

Discute-se, no entanto, a possibilidade o *Orkut* efetuar uma fiscalização – prévia ou não – do conteúdo disponibilizado pelos usuários, de forma a permitir sua responsabilização direta pelos danos ali provocados.

Há dentre as cláusulas do Termo de Serviço do *Google* há aquela que lhe faculta o direito de proceder a essa filtragem, mas isso se dará apenas após o ingresso do usuário e diante de um conteúdo nocivo já disponibilizado. Há, portanto, controle, mas esse é repressivo.

Assim, o que se vê hoje é que “Marias” podem abrir contas em nome de “Joaquins”, lançar conteúdos nessa condição com potencial possibilidade de causar danos a terceiros ou à sociedade, protegidos pela falta de fiscalização do *Orkut* ao permitir o ingresso de novos membros.

A despeito da forma de realização do ingresso, discute-se, ainda, a real possibilidade técnica de ser realizada essa fiscalização prévia, ou se isso não representaria uma forma de censura prévia sem qualquer fundamento legal, notadamente diante da impossibilidade de se averiguar antecipadamente a veracidade da informação veiculada.

Nesse particular, repetem-se as ponderações feitas no primeiro capítulo deste estudo, referentes às informações verdadeiras, mas de cunho ofensivo em tese, e a grande diversidade de culturas que inviabilizam a realização de defendido controle preventivo.

Os chamados *sites* de relacionamento primam justamente pela rapidez com que permitem a interação entre os usuários. E a realização de uma fiscalização prévia, ainda que fosse possível, inviabilizaria esse objetivo.

Retomada a lição básica para se identificar o dever de reparar, em que consistiria o dever jurídico violado pelo *Google*? Permitir a inserção da informação nociva ou no fato de mantê-la disponibilizada a despeito de protesto da pessoa prejudicada?

A resposta a esse questionamento resultará exatamente no tipo de classificação a ser atribuída ao provedor, pois para os adeptos da responsabilização objetiva pouco importará se houve permissão ou omissão de exclusão, sendo apenas relevante existir dano e nexo de causalidade, sendo esse último representado pelo fato de o dano ter sido possibilitado pelo serviço disponibilizado pelo provedor.

Sob essa perspectiva, os defensores da incidência da responsabilidade objetiva não discutem a real possibilidade de o provedor fazer o controle prévio das informações introduzidas pelos usuários, reputando que, se não for possível de pronto, recursos tecnológicos devem ser adotados para se alcançar para tal finalidade.

Por outro lado, se reconhecido que o dever jurídico violado está na manutenção da informação nociva a despeito de protesto do prejudicado, será necessária a análise do

elemento culpa a ser caracterizada pela efetiva omissão do provedor ao pedido do prejudicado, o que já afastaria a discussão do âmbito da responsabilidade objetiva.

5. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

De início há de se observar que, para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, é necessário se identificar uma relação de consumo que pressupõe a existência de fornecedor, consumidor e remuneração do serviço, sendo que o ingresso e o uso do *Orkut* não são remunerados. Daí a existência de entendimento pela impossibilidade de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor, em decorrência da gratuidade do serviço, diante do que dispõe o art. 3º, §2º do CDC.

Entretanto, outra linha de pensamento defende a existência de remuneração indireta em função do uso da marca *Google*. E, recentemente, ganhou força com o advento de espaço publicitário no próprio *Orkut*, o que permitiria a aplicação do CDC. Resume-se a isso o ponto de divergência jurisprudencial para a aplicação ou não da norma protetiva.

A publicidade introduzida no *Orkut* é paga pelos anunciantes que apostam no potencial de consumo dos usuários do *site*, buscando estabelecer um canal de compras, mas o alcance da medida ainda é incipiente e motivou inclusive uma recente mudança da tela de apresentação, pois antes ela vinha situada no canto inferior direito e agora passou ao canto superior direito, com informes em movimento, o que demonstra claramente uma busca por maior efetividade, sendo certo que não é este o foco dos usuários do *Orkut* que é o de interagir.

A corrente em defesa da aplicação do Código de Defesa do Consumidor – poderosa ferramenta do Direito Brasileiro – também perde força em razão da incerteza da efetiva remuneração indireta, se comparada, por exemplo, ao transporte gratuito para um *shopping*

center, uma vez que nem todas as pessoas transportadas gratuitamente efetivamente consumirão bens, produtos ou serviços.

Da mesma forma ocorre com a grande maioria dos usuários do *Orkut*, senão todos, que não se utilizam dos *links* de propaganda para realização de compras *on line*, pois os que são mais íntimos do mundo virtual já se dirigem diretamente aos *sites* específicos para compras, enquanto que os novatos são inseguros em realizá-las digitalmente.

Recente pesquisa realizada pela antropóloga Carla Barros (2008) esclarece que o *Orkut* e o MSN são quase um sinônimo de Internet para o grupo das classes C e D, sempre focado em *Orkut*, MSN e jogos, ressaltando que o *Orkut* é extremamente disseminado e dificilmente este grupo explora outras possibilidades. Acrescenta o estudo, ainda, que as pessoas, no máximo, saem do *Orkut* para conferir seus *e-mails*. Outros indivíduos preferem o *videogame* e ficam entre este último, o *Orkut* e o MSN.

Ademais, como não há regramento específico para as relações virtuais, a aplicação por analogia deve ser restrita, notadamente quando o Código Civil também apresenta soluções para o deslinde da controvérsia, seja adotando-se a responsabilidade objetiva ou a subjetiva.

Há dificuldades, ainda, em se caracterizar a existência de defeito no serviço, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 14, §1º, apresenta as hipóteses, mesmo que não taxativas, para tal caracterização, sendo certo que é rompido o nexo de causalidade quando o fornecedor demonstrar a inexistência de defeito.

O serviço disponibilizado pelo *Orkut* é o de hospedagem. E dele se desincumbe mesmo quando aceita hospedar perfil com conteúdo danoso ou contrário à lei.

Acrescenta-se, ainda, que o acesso ao *Orkut* dispensa o prévio ingresso no *site* do *Google* – ferramenta poderosa de busca muito utilizada pelos internautas -, razão pela qual não se pode vincular a propaganda realizada pelo *Google* com aquela que é inserida diretamente no *Orkut*.

Nesse contexto, não há como ser reconhecida a existência de relação de consumo por ausência de remuneração direta ou potencial remuneração indireta.

6. APLICAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

Sob a ótica do Direito Civil, a análise necessariamente passa pela responsabilidade contratual, extracontratual, objetiva ou subjetiva. Nesse aspecto, definida a natureza do *Orkut* como provedor de hospedagem, - pois mantém páginas de terceiros e possibilita a sua exclusão quando solicitado -, a responsabilidade é contratual perante seus usuários e extracontratual em face dos terceiros que venham a experimentar dano moral em decorrência da criação de perfil falso.

Como se analisa o dano experimentado por terceiro, restringe-se a análise dessa responsabilidade extracontratual, também chamada aquiliana, na existência de uma conduta culposa, nexo de causalidade e dano, o que corresponde à responsabilidade subjetiva prevista nos artigos 186 e 927 caput do Código Civil de 2002.

A responsabilidade extracontratual subjetiva, na concepção clássica do Código Civil de 1916, perdeu espaço para uma maior aplicação da responsabilidade extracontratual objetiva, em razão do processo de evolução da própria sociedade, representado pelo desenvolvimento industrial e tecnológico, prestigiada pelo legislador do Código Civil de 2002, que deu continuidade aos avanços trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

O ordenamento civil estabelece a responsabilidade extracontratual objetiva no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, para os casos específicos em lei – que não é a situação do tema pela ausência de norma específica a esse respeito– e quando a atividade implicar risco aos direitos de outrem e no art. 931 do Código Civil – específico para os empresários individuais e empresas, por danos causados pelos produtos postos em circulação.

Nos demais casos, ainda que mais restritos, a responsabilidade ainda é subjetiva.

Fácil é o descarte da primeira hipótese aventada pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, pois inexistente lei que trate especificamente das relações virtuais. Porém, é possível discutir se a atividade possibilitada pelo *Orkut* não caracterize a chamada Teoria do Risco Criado.

Para essa teoria o que importa não é a conduta individual, mas sim o desenvolvimento de uma conduta reiterada, habitual, organizada de forma profissional ou empresarial, para alcançar fins econômicos, a traduzir a idéia de atividade referida no dispositivo.

Contudo, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, além de referir-se à atividade, também exige que a natureza dessa atividade implique em risco para os direitos de outrem, e sobre ela ensina CAVALIERI FILHO (2003, p. 174) que “a expressão “por sua natureza” não diz respeito à natureza do serviço, tampouco ao risco que ele produz, mas sim à natureza da obrigação assumida por aquele que presta o serviço.”

Conclui o citado doutrinador que o dever de reparar ora em exame está presente na hipótese em que o fornecedor tenha uma obrigação de resultado, ponderado, ainda, com a observância ao dever de segurança dela derivado.

Sob esse prisma, é interessante observar que o propósito da existência do *Orkut* é atuar como facilitador de relacionamentos entre pessoas com interesses comuns, oferecendo aos usuários a possibilidade de exclusão de membros ou de comunidades que venham a se conduzir de forma abusiva, mediante prévia notificação.

Nesse contexto, não se pode considerar que a atividade em si represente um risco a qualquer direito ou mesmo insegurança do serviço, de forma a caracterizar a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único do Código Civil.

Embora seja questionável que o ingresso de membros no *Orkut* não sofra qualquer restrição ou verificação, prática comum em outros *sites*, o que facilitaria a perfeita identificação do usuário e o redirecionamento do dever de reparar, isso não pode ser considerado, por si só, fator de risco da atividade.

Por outro lado, é importante levar-se em conta que a noção de segurança deve ser aferida no caso concreto, mediante a relativização da expectativa legítima e a intensidade do risco criado pela atividade, de forma que se observe segurança mínima dentro dos padrões da legítima expectativa da coletividade.

A obrigação de resultado assumida - de hospedar e disponibilizar as informações, fotos, vídeos e outros -, é cumprida, e os danos a terceiros daí decorrentes extrapolam o propósito do *Orkut*.

Sob o prisma da legítima expectativa e considerando que o *Orkut* tenha mais de 80 (oitenta) milhões de usuários, sendo 51,2% deles brasileiros, segundo o próprio *Google*, a parcela de maus usuários é proporcionalmente pequena, o que fragiliza a tese sustentada de inexistência de atividade de risco, por não corresponder à legítima expectativa da coletividade.

Oportuno recorrer à afirmação trazida por ATHENIENSE (2005, p. 57-58), de que “o provedor de serviços não tem a menor possibilidade técnica de controlar a veracidade do conteúdo que é inserido, editado ou retirado diariamente nas inúmeras comunidades e perfis de usuários”. Afirmação indiscutível à míngua de maiores conhecimentos técnicos específicos para rebatê-la, sendo incabível qualquer defesa fundada em mera suposição, o que corrobora a necessidade de legislação específica a ser elaborada com o auxílio de profissionais especializados, que possa fornecer os subsídios necessários a se aferir a real dimensão das possibilidades tecnológicas do provedor.

Dessa forma, não existindo quaisquer das hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a responsabilidade do provedor *Orkut* é subjetiva, estando o elemento culpa caracterizado pela omissão ou demora na retirada de membro ou comunidade sobre o qual recaiu uma prévia notificação.

7. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Há ainda poucos julgados sobre a questão em estudo e nem todos apresentam o mesmo fundamento.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, identifica-se, na Apelação Cível 2009.001.03180, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor por acolher a possibilidade de remuneração indireta, mas destacando a inviabilidade da análise prévia do conteúdo lançado no *site*, diante do elevado número de informações adicionadas diariamente.

Permanece, todavia, o dever de indenizar porque o perfil falso foi identificado e sua ocorrência foi notificada, mas o *Google* permaneceu inerte em proceder à exclusão requerida.

Nessa mesma linha de entendimento, vão as Apelações Cíveis 2009.001.14165 e 2009.001.41528, sustentando-se na segunda que mecanismos mais eficientes deveriam ser introduzidos para evitar a criação de perfis falsos diante das inúmeras demandas, fato suficiente para afastar a imprevisibilidade.

As Apelações Cíveis 2009.001.14658 e 2008.001.04540 também se fundamentam na adoção do Código de Defesa do Consumidor, mas em decorrência de conduta omissiva decorrente da não exclusão da página ofensiva, após regular notificação.

Isolada a compreensão trazida na Apelação Cível 2007.001.57702, em que se optou por classificar a responsabilidade como subjetiva, caracterizada por manifesta desídia do

Google em suprimir da Internet as ofensas impugnadas nos autos, afastando textualmente a responsabilidade objetiva.

Por outro lado, nos julgados proferidos no Tribunal de Justiça de São Paulo encontra-se o pronto afastamento da responsabilidade objetiva.

No Agravo de Instrumento nº 649.146.4/3-00, defendeu-se a impossibilidade de exame prévio do conteúdo inserido no *Orkut*, afastando essa obrigação por ser esse último mero provedor de serviço de hospedagem, sem condições técnicas de fazer varredura contínua das incontáveis informações introduzidas a cada minuto, o que restringe sua obrigação na identificação dos responsáveis pela prática dos referidos atos.

No mesmo sentido, as Apelações Cíveis 523.267.4/6-00 e 6295764900, que afastam a existência da função de censor de mensagens, e condicionam sua interferência à formalização de denúncias, ressaltando que a responsabilização, ainda que por omissão, só seria possível caso existente o aludido dever legal ou contratual de monitoramento.

Outros são os julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo com igual fundamentação, demonstrando posição oposta ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

As decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais também demonstram ausência de uniformidade, pois na Apelação Cível 1.0024.08.041302-4/001 adotou-se a responsabilidade civil objetiva prevista no art. 927 do Código Civil de 2002, enquanto a Apelação Cível 1.0040.06.047973-6/001 afastou textualmente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e classificou a responsabilidade como subjetiva, estando o elemento culpa caracterizada pela omissão do Google em não retirar a página ofensiva, existindo ainda entendimento pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor na Apelação Cível 1.0439.08.085208-0/001.

Surpreende, ainda, o inovador fundamento trazido na Apelação Cível 1.0105.02.069961-4/001, que aplicou por analogia a Lei de Imprensa, mas defendeu que o

provedor de hospedagem não tem o dever de fiscalizar as ações de seus usuários por ausência de legislação específica, salvo se, verificada a ocorrência de ato ilícito, se recusar a identificar o ofensor ou interromper o serviço prestado ao agente, ressaltando ademais a necessidade de se observar a garantia constitucional de sigilo (art. 5º, XII da CF/88).

O Superior Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou de forma específica sobre a criação de perfil falso no *Orkut*, existindo apenas sete julgados em sua referência e dez envolvendo o *Google*, todos analisando questões diversas. Dessa forma, há que se aguardar seu posicionamento.

CONCLUSÃO

Conclui-se, da análise das diversas posições sobre o tema, que o melhor é classificar a responsabilidade do *Google* por danos na criação de perfil no *Orkut* como extracontratual subjetiva, a ser resolvida sob a ótica do Direito Civil, afastando integralmente qualquer aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

É inquestionável a força e a grande extensão de aplicação da referida legislação protetiva, mas, por outro lado, não se pode pretender concebê-la sem qualquer limitação, sendo certo que a tese da remuneração indireta é forçosamente adotada por fundar-se em presunção de remota realização.

A responsabilidade objetiva, por outro lado, encontra como maior aliado os altos lucros que o *Google* obtém, uma vez que é ele o grande fomentador da tese quanto à possibilidade de se impedir que informações danosas sejam veiculadas, não sendo crível que uma empresa desse porte e com os recursos tecnológicos que dispõe, os quais nem ao menos se conhece, seja incapaz de reprimir o uso abusivo da tecnologia disponibilizada. No entanto,

não se pode admitir impor a alguém o dever de reparar um dano com base em suposições, sendo certo, ainda, que esse lucro não advém do *Orkut*.

Aliado a isso, como já observado em alguns dos julgados citados, o *Google* oferece a possibilidade de extirpar o usuário ou comunidade nociva, desde que venha a ser notificado para tal. Logo, quando se omite em responder a uma notificação desse tipo, incorre em culpa e por isso assume o dever de reparar o dano causado por seu usuário.

Outra particularidade que deve ser dimensionada é o *quantum* fixado como compensação pelo dano moral, pois não se deve confundir uma informação leviana lançada em jornal de grande circulação ou em outra mídia popular, com outra informação de mesma natureza inserida em uma comunidade ou na criação de um perfil falso.

Isso porque a informação veiculada no *Orkut* somente será visualizada por integrantes da comunidade em que ela foi feita ou pelos usuários relacionados com aquele criado falsamente. Outros usuários somente terão conhecimento da informação excepcionalmente, o que restringe em muito a lesividade a ser auferida para quantificação da indenização.

Além disso, muitas das informações apresentadas em perfis falsos, principalmente de professores e diretores de estabelecimentos de ensino, não apresentam um mínimo de credibilidade, fazendo-se, inclusive, referências a personagens de desenhos animados, ficção científica e outros que, por si só, já demonstram de pronto sua falsidade, motivo até que explica o fato de não existir um grande número de ações visando reparação.

Essa situação tende a ser alterada com a adoção da responsabilidade objetiva, seja com a aplicação do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor, pois não sendo necessário o elemento culpa, é possível cogitar a hipótese de dois amigos, em comum acordo, criarem um perfil falso em nome de um deles, enquanto o outro propõe ação indenizatória em face do *Google* para obter compensação pelo dano moral experimentado. E essa hipótese já vem sendo aventada pelos internautas diante dos recentes julgados reconhecendo a

responsabilidade objetiva, o que não se pode admitir, por contrariar toda a razão de ser do dever de reparar.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marilene Melo. A Internet – O Admirável Mundo Novo. *In Verbis*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 22, p. 26-27, 2001.

ATHENIENSE, Alexandre. É possível controlar os abusos no *Orkut*? *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil* n. 7. Rio de Janeiro, julho-agosto de 2005, p. 57-58.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2009.001.03180. Relatora: Desembargadora Helena Cândida Lisboa Gaede. Publicado no DJe de 30.03.2009, fls.249-252.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2009.001.14165. Relator: Desembargador Alexandre Freitas Câmara. Publicado no DJe de 05.05.2009, fls. 179-182.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2009.001.41528. Relator: Desembargador Alexandre Ernani Klausner. Publicado no DJe de 03.09.2009.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2009.001.14658. Relatora: Desembargadora Leila Albuquerque. Publicado no DJe de 17.07.2009, fls. 240-245.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2008.001.04540. Relator: Desembargador Horacio S Ribeiro Neto. Publicado no DJe de 18.04.2009, fls. 23-24.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2007.001.57702. Relator: Desembargador Marco Antonio Ibrahim. Publicado no DJe de 09.05.2008, fl. 48.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 649.146.4/3-00. Relator: Desembargador Egídio Giacoia. Registrado em 04.09.2009. Disponível em <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4026609>>. Acesso em: 04.10.2009.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 523.267.4/6-00. Relator: Desembargador Francisco Loureiro. Registrado em 02.10.2009. Disponível em <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4092216>>. Acesso em: 04.10.2009.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com Revisão n. 6295764900. Relator: Desembargador Vito Guglielmi. Registrado em 15.04.2009. Disponível em <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=3560801>>. Acesso em: 04.10.2009.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0024.08.041302-4/001. Relator: Desembargador Luciano Pinto. Publicado no DJ de 06.03.2009.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0040.06.047973-6/001. Relator: Desembargador Osmando Almeida. Publicado no DJ de 09.08.2008.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0439.08.085208-0/001. Relatora: Desembargadora Claudia Maria. Publicado no DJ de 16.03.2009.

BRASIL Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0105.02.069961-4/001. Relator: Desembargador Elpídio Donizeti. Publicado no DJ de 10.12.2008.

BLUM, Renato M. S. Opice. O Novo Código Civil e a Internet. *Boletim ADCOAS: Informações Jurídicas e Empresariais*. Rio de Janeiro, n. 3, p. 92-93, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARCIA, Emerson Garcia. *Conflito entre Normas Constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GLANZ, Semy. Internet e Responsabilidade Civil. *Revista de Direito*. Rio de Janeiro, n. 58, p. 26-39.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos autores do Anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

PAREDES, Marcus. Violação da Privacidade na Internet. *Revista de Direito Privado*. Rio de Janeiro, n. 9, p. 183-203.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional: teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Termos de Serviço Adicionais do Orkut*. Disponível em <<http://www.orkut.com/html/pt-BR/additionalterms.orkut.html>>. Acesso em: 04.10.2009.

_____. *Prisioneiros do Orkut*. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/blogs/mercadodigital/posts/2009/12/02/prisioneiros-do-orkut-246365.asp>>. Acesso em: 08.11.2009.

_____. *Google apresenta novo Orkut com navegação mais rápida e volta dos convites*. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/mat/2009/10/29/google->

apresenta-novo-orkut-com-navegacao-mais-rapida-volta-dos-convites-914418023.asp>.
Acesso em: 08.11.2009.

_____. *Donos de perfis falsos do Orkut extrapolam na fantasia e arranjam problemas de verdade.* Disponível em <<http://oglobo.globo.com/tecnologia/mat/2009/10/27/donos-de-perfis-falsos-do-orkut-extrapolam-na-fantasia-arranjam-problemas-de-verdade-914382853.asp>>. Acesso em: 08.11.2009.

_____. *Para ter lucro, Orkut precisa de "limpeza".* Disponível em <<http://info.abril.com.br/aberto/infonews/102007/03102007-8.shl>>. Acesso em: 10.11.2009.

_____. "Entrevista: Carla Barros e a revolução das LAN houses nas periferias". Disponível em <http://idgnow.uol.com.br/internet/ideia20/archive/2008/09/23/entrevista-carla-barros-e-a-revoluo-das-lan-houses-nas-periferias/>. Acesso em: 10.11.2009.