DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA (RELATOR)

**VOTO**

Trata-se de Apelação Cível interposta da sentença de f. 145/149-TJ, lançada nos autos da Ação de Indenização cumulada com Exigência de Obrigação de Fazer ajuizada por A.D.R. em desfavor de Google Brasil Internet Ltda., que julgou procedente o pedido e condenou a Ré ao pagamento dos danos morais, no importe de R$15.000,00 (quinze mil reais) e ratificou a antecipação de tutela para excluir, de forma definitiva, o perfil falso do Autor no site de relacionamentos denominado Orkut.

Inconformada, apela a Ré (f. 150/177-TJ), ao argumento em síntese, de inaplicabilidade do regime de responsabilidade civil objetiva previsto no Código de Defesa do Consumidor, impossibilidade de controle preventivo de conteúdo inserido pelos usuários do Orkut, inexistência de prestação de serviço perigoso ou inseguro e descaracterização dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil subjetiva. Por fim, alega a inexistência de prova dos danos morais e a exorbitância do valor arbitrado pelo Douto Juiz.

Contrarrazões às f. 186/195-TJ, em que o Apelado pugna pela manutenção da sentença.

 É o relatório.

Passo a decidir.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

Trata-se de Ação de Indenização cumulada com Exigência de Obrigação de Fazer ajuizada pelo Apelado em desfavor da Recorrente, com o objetivo de condená-la ao pagamento de danos morais decorrentes da falha na prestação de serviço em site de relacionamentos denominado Orkut, mantido pela Ré.

Afirma o Autor ter tomado conhecimento da existência de perfil em seu nome, que teria sido criado por terceira pessoa, sem a sua autorização. Além dos danos morais, pleiteou a concessão de tutela antecipada, para exclusão imediata do conteúdo ofensivo.

O pedido foi julgado procedente, arbitrada indenização no valor de R$15.000,00 (quinze mil reais), ratificada a tutela antecipada deferida, que ordenou a exclusão do "perfil atribuído ao autor, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária de R$5.000,00, sem prejuízo de outras sanções daí decorrentes" (f. 34-TJ).

Irresignado, o Réu apela a este Tribunal, pleiteando a reforma da sentença, ao argumento, em síntese, de inaplicabilidade do regime de responsabilidade civil objetiva previsto no Código de Defesa do Consumidor, impossibilidade de controle preventivo de conteúdo inserido pelos usuários do Orkut, inexistência de prestação de serviço perigoso ou inseguro e descaracterização dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil subjetiva. Por fim, alega a inexistência de prova dos danos morais e a exorbitância do valor arbitrado pelo Douto Juiz.

De início, importante definir o tipo de serviço prestado pelo Réu e a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor.

O Recorrente é a empresa responsável pelo site Orkut, que disponibiliza gratuitamente aos usuários espaço para hospedagem de imagens e troca de mensagens por meio da internet.

Para utilizar-se do serviço, o usuário realiza um cadastro e adere às condições previamente estabelecidas em contrato virtual. A partir daí, cada um cria seu perfil, podendo incluir fotos, pensamentos e textos à livre escolha e sob responsabilidade pessoal. Além disso, o Orkut possibilita a troca de mensagens entre os usuários e a criação de comunidades, que ganham adeptos conforme interesses, ideias ou curiosidades comuns.

Conforme mencionado em contestação, "o Orkut é um provedor de serviço de internet que se caracteriza pela hospedagem de páginas pessoais de usuários. Os usuários criam páginas pessoais (Perfis) por meio dos quais se relacionam com outros usuários (trocando mensagens, compartilhando conteúdo, etc.) e participam de Comunidades, também criadas por usuários, que são grupos formados em torno de determinado tema, onde é permitido o debate e a troca de informações sobre interesses comuns" (f. 42-TJ).

PATRÍCIA PECK PINHEIRO, em sua obra "Direito Digital", Ed. Saraiva, 4ª edição, 2010, São Paulo, pág. 339, traz menção acerca do Orkut:

O avanço tecnológico na comunicação sempre perseguiu o objetivo de criar uma aldeia global. Na era da Internet, cada vez mais temos ampliado o poder do indivíduo, que está capacitado por meio da tecnologia a ser e estar em qualquer lugar a qualquer tempo.

Como meio de integração social, a Internet trouxe algumas inovações, fazendo com que as antigas formas de relacionamento fiquem mais dinâmicas e acessíveis em uma amplitude mundial, possibilitando um elo ainda maior entre as pessoas. Como exemplo de elementos que trazem esse benefício, podemos citar as comunidades on line ou comunidades virtuais, os blogs e os fotologs.

Comunidades virtuais acabam por ser um ponto de encontro entre pessoas com interesse em comum. Para abordar a questão conceitual e dinâmica de funcionamento, nada melhor do que exemplificar com uma das comunidades mais conhecidas do momento que é o Orkut. No próprio site podemos encontrar sua definição como sendo uma comunidade online de amigos, cujo principal objetivo é oferecer um ambiente que enriqueça a vida social de seus usuários.

Os recursos disponibilizados pelo até então site de relacionamento vão desde formas de contato online por mensagens chamadas de scraps ou ainda testemunhos, e-mail interno, álbum de fotos compartilhado com amigos, possibilidade de rastrear os amigos que estão ligados a outros amigos de seu círculo de conhecidos, e até mesmo participar de comunidades internas, que seriam subcomunidades dos mais diversos interesses.

Criada pelo turco Orkut Buyukkokten, o Orkut se tornou um espaço para grupos promoverem apologia a crimes, ofensas, bulling, entre outros. Não podemos esquecer que muitas das criações e inventos do ser humano foram idealizados para o melhor, mas tudo que se cria para o bem, acaba muitas vezes sendo utilizado também para o mal.

É comum os usuários terem a falsa impressão de que somos completamente livres quando estamos online, e que a nossa conduta neste ambiente não é alcançada pela lei, ou seja, acham que o virtual não pode se tornar real. Pensam ainda que estão totalmente anônimos. Assim, falsidade ideológica, calúnia, difamação, injúria, racismo, ameaça, violação de direito autoral, divulgação de segredo, violação de segredo profissional, tráfico de drogas, apologia de crime ou criminosos e formação de quadrilha ou banco são apenas alguns exemplos de crimes livremente praticados no website.

Ao aderir ao serviço, o usuário se obriga a utilizar a ferramenta apenas para os fins permitidos, responsabilizando-se integralmente pelo conteúdo constante de suas páginas pessoais.

No entanto, existem pessoas que fazem má utilização do serviço, expondo material inadequado e até mesmo ilegal, como no caso em tela, em que teria sido criado um perfil falso em nome do Autor, mediante a utilização, inclusive, de sua foto.

Na página inicial do perfil falsamente criado em nome do Autor, ao lado de sua foto, consta o seguinte conteúdo:

Quem sou eu: um canalha, sem caráter que engana vítimas se passando por um cara bacana e apaixonado, mas eu não presto. Não traio a idiota (...), pois terminamos em novembro e eu já arrumei outra idiota (Daniela) pra poder trair e brincar com os sentimentos. Não fico solteiro uma semana! Minto e ludibrio as pessoas ao meu redor. Digo coisas do tipo...

\*morro de orgulho de te dar as mãos e mostrar pro mundo a mulher linda que eu tenho.

\*eu só disse eu te amo pra três pessoas na minha vida, meu pai, minha mãe, meu avó e agora você!!!

\*você pode não acreditar, mas eu sempre sonhei com uma mulher exatamente como você.

\*eu não gosto de brincar, ta na hora de eu arrumar alguém pra casar e ficar velhinho junto comigo.

\*eu não paro de falar de você pra minha mãe, ela ta louca para te conhecer.

\*oh, lindinha, minha vida é sua.

\*eu vou te dar muito orgulho...

\*nossa, tô muito apaixonado por ti.

\*conhecerei suas amigas e as farei acreditar que sou um príncipe encantado.

\*vou te levar para conhecer meu sítio e falar que lá só vão as pessoas que eu gosto, que lá é meu lugar.

Vou te ligar sempre, fazer planos, contar que sou formado em administração e sou dono de empresa, que já sou formado em fisio e trabalho com ventilação mecânica, tudo mentira, você vai acreditar. Fui capaz de colocar o apartamento de uma das minhas vítimas a venda com a promessa de levá-la para morar no alphaville. Conhecer a família enquanto namorava. Eu sou foda! E ainda fingir que não conhecia depois de tudo isso. Mas, cuidado, eu vou enganar mesmo, nunca fico solteiro e emendo um namoro em outro, mas sou bom no que faço, você nem desconfiará que namoro. É difícil as pessoas desconfiarem de mim, e até você gata, mesmo sabendo de tudo isso, ainda vai dar mole para mim. (f. 19-TJ).

O Autor afirma que tomou conhecimento da existência do perfil, criado por terceira pessoa, sem a sua autorização, em "meados de janeiro de 2010", "por intermédio de colegas e familiares".

Afirma terem sido em vão as tentativas administrativas para a retirada do conteúdo ofensivo, não restando alternativa senão o ajuizamento da presente ação judicial.

Não há dúvida de que o serviço prestado pelo Recorrente está sujeito ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos do art. 3º, §2º:

§ 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

De fato, o Apelante, responsável pelo Orkut, provedor de serviço de internet, está sujeito ao Código de Defesa do Consumidor nas relações com seus usuários.

Sobre a responsabilidade do provedor pela transmissão de mensagens, importante lição de Rui Stoco, em seu Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, 7ª edição, São Paulo, pág. 939:

Como não se desconhece, as mensagens ou e-mails transmitidos de uma pessoa, através de seu computador pessoal, pocket, telefone celular, TV e outros suportes, para outra dependem de um aparato técnico. Também os chamados bate papo e reuniões virtuais utilizam-se desse instrumental.

O remetente necessita de um suporte, ou seja, o seu microcomputador ou outro aparelho, de uma linha telefônica, comum ou pelo sistema de banda larga, e de um intermediário que recebe as mensagens e as repassa aos destinatários dentro da rede.

Esse intermediário denomina-se provedor ao qual o usuário ou internauta se filia e o tem como o seu prestador de serviços de intermediação de comunicação via internet, seja gratuitamente ou mediante o pagamento de um valor mensal.

(...)

Mas essa relação entre o usuário e o provedor é contratual, independentemente do vínculo ser oneroso ou gratuito.

Portanto, diante dessa afirmação tem-se que as relações entre as partes contratantes regem-se pela disciplina acerca dos contratos.

E, tratando de típica prestação de serviços, essa relação contratual rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor e, subsidiariamente, pelo Código Civil.

Assim, não me convence a tese da Apelante, de que, por serem gratuitos, os serviços disponibilizados pelo Orkut não estariam sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.

É óbvio que, apesar de não existir pagamento direto do usuário ao provedor, a Apelante exige o cadastramento de dados que, inegavelmente, possuem valor comercial, além da exposição dos usuários a páginas de publicidade e marketing.

Dessa forma, indiscutível a relação de consumo entre as partes ora litigantes, o que obriga o Recorrente a responder, de forma objetiva, pelos danos decorrentes da atividade prestada.

No entanto, a responsabilidade objetiva se limita à natureza da atividade desenvolvida pela Apelante, qual seja, de provedora de conteúdo de internet.

Mais uma vez, importante a lição de PATRÍCIA PECK PINHEIRO, sobre responsabilidade civil no direito digital:

Considerando apenas a Internet, que é mídia e veículo de comunicação, seu potencial de danos indiretos é muito maior que de danos diretos, e a possibilidade de causar prejuízo a outrem, mesmo que sem culpa, é real. Por isso, a teoria do risco atende às questões virtuais e a soluciona de modo mais adequado devendo estar muito bem associada à determinação legal de quem é o ônus da prova em cada caso.

No Direito Digital, a responsabilidade civil tem relação direta com grau de conhecimento requerido de cada prestador de serviço e do consumidor-usuário também. Nenhuma das partes pode alegar sua própria torpeza para se eximir de culpa concorrente.

Um dos pontos mais importantes é o da responsabilidade pelo conteúdo. Considerando que é o conteúdo que atrai as pessoas para o mundo virtual e que ele deve estar submetido aos valores morais da sociedade e atender aos critérios de veracidade, é importante determinar os limites de responsabilidade dos provedores, dos donos de websites, das produtoras de conteúdo, dos usuários de e-mail e de todos os que tenham de algum modo participação, seja em sua produção, seja em sua publicação.

Uma solução para a questão é determinar uma norma-padrão pela qual, em princípio, os responsáveis pelo conteúdo publicado em um website são seus proprietários ou quem eles indicarem como responsáveis editoriais. Cabem aqui as mesmas normas utilizadas para o conteúdo jornalístico convencional.

No entanto, dada a falta de legislação específica sobre o tema, por vezes os Tribunais pátrios promulgam decisões contraditórias. Isto é, ainda se discute uma clara definição dos limites da responsabilidade civil e/ou criminal dos provedores e sites que colocam no ar conteúdo ilícito adicionado por terceiros.

Em outros termos, devem tais provedores responder por conteúdo do qual não tinham prévio conhecimento? Melhor dizendo, devem os responsáveis por tais provedores responder por atos ilícitos cometidos em seus domínios independentemente de culpa? Tais questões suscitam muitas dúvidas. Esperar, por exemplo, que a empresa Google monitore todos os vídeos postados em seu sítio eletrônico 'youtube', de maneira prévia, é tarefa hercúlea e humanamente impossível.

Contudo, ao ser comunicada, seja por uma autoridade, seja por um usuário, de que determinado vídeo/texto possui conteúdo eventualmente ofensivo e/ou ilícito, deve tal empresa agir de forma enérgica, retirando-o imediatamente do ar, sob pena de, daí sim, responder de forma solidária juntamente com o seu autor ante a omissão praticada (art. 186 do CC). (ob cit, pág. 400/401).

No caso específico destes autos, o Autor afirma ter tomado providências administrativas no momento em que detectou a existência de perfil falso criado em seu nome no Orkut. A inércia do Apelante teria resultado nos danos morais, ora pleiteados.

Ao aderir ao serviço prestado pelo Apelante, o consumidor assina virtualmente vários documentos, inclusive o de f. 66/87-TJ - Termos de Serviço do Google - que estipula, em sua cláusula 8, a responsabilidade quanto ao conteúdo inserido no perfil:

8. Conteúdo nos Serviços:

8.1 - O usuário compreende que a responsabilidade integral por todas as informações (tais como arquivo de dados, texto escrito, software de computador, música, arquivos de áudio ou outros sons, fotografias, vídeos ou outras imagens) a que possa ter acesso como parte dos Serviços, ou através da utilização dos mesmos, é da pessoa que deu origem a esse conteúdo. Todas essas informações são denominadas "Conteúdo".

8.3 - O Google se reserva o direito (mas não tem qualquer obrigação) de pré-solucionar, rever, marcar, filtrar, modificar, recusar ou remover qualquer ou todo Conteúdo de qualquer Serviço. Para alguns dos Serviços, o Google pode fornecer ferramentas para filtrar conteúdos sexuais explícitos. Essas ferramentas incluem a configuração do SafeSearch. Além disso, existem serviços e software disponíveis comercialmente para limitar o acesso a material que o usuário possa considerar ofensivo.

8.4 - O usuário compreende que, ao utilizar os Serviços, pode estar exposto a Conteúdo que possa considerar ofensivo, indecente ou censurável e que, a este respeito, utiliza os Serviços por sua conta e risco.

8.5 - O usuário concorda que será o único responsável (e que o Google não tem qualquer responsabilidade perante o usuário ou terceiros) por qualquer Conteúdo que crie, transmita ou visualize enquanto utiliza os Serviços e pelas conseqüências das suas ações (incluindo qualquer perda ou dano que o Google possa sofrer) resultantes disso.(g.n.). (f. 69-TJ).

Pelo que se vê, a responsabilidade pelo conteúdo constante do perfil do Orkut é da pessoa que deu origem às informações. O Google é o responsável pelo provedor de hospedagem (Orkut), e não pela matéria disponibilizada pelo próprio usuário. Ao se deparar com alguma ilegalidade, o consumidor deverá notificar imediatamente a empresa prestadora de serviços, que mantém serviço denominado denúncia de abusos, regulado pelas regras descritas às f. 86-TJ:

Política de remoção:

Saiba que, quando recebemos uma denúncia de abuso no Orkut, decidiremos pela remoção do material sempre que ocorrer violação das leis vigentes no mundo real ou das políticas do Orkut.

Após avaliarmos cada caso cuidadosamente, poderemos remover conteúdos considerados ofensivos, prejudiciais ou perigosos, como:

- Linguagem de ódio

- Promoção de atividade ilegal e perigosa

- Vítimas de phishing ou invasão de conta

- Conteúdo que facilite phishing ou invasão de contas

- Identidade questionável do usuário

Além disso, nós também estamos cientes da possibilidade de o Orkut conter informações intrinsecamente pessoais ou invasivas para outros usuários. Apesar disso, não podemos julgar o que é certo ou errado em todos os casos. Portanto, algumas coisas terão de ser decididas por um Juiz de Direito.

Se tiver certeza de que encontrou algo que viole as leis do mundo real ou que seja contrário às nossas políticas, você poderá reportar o caso, clicando no botão denunciar abuso, na página de qualquer perfil ou comunidade, ou clicando no link Denunciar abuso ao lado de um vídeo ao Google Video ou YouTube. Esse botão denunciar abuso é uma forma simples para os usuários nos notificarem a respeito de um conteúdo supostamente infrator no Orkut.

O que acontece quando eu clico em Denunciar abuso?

Quando você clica em denunciar abuso, nós automaticamente recebemos uma notificação e sua identidade permanece confidencial. Se concluirmos que o conteúdo denunciado viola as leis do mundo real ou infringe nossas políticas, poderemos removê-lo imediatamente e denunciar as informações necessárias às autoridades competentes.

Vocês monitoram o conteúdo publicado no Orkut?

Nós não analisamos ativamente o conteúdo que os usuários postam no Orkut. Como você pode imaginar, seria quase impossível verificar todas as novas fotos, postagens em comunidades e mudanças em perfis. Além disso, a análise de tópicos, fotos ou perfis recém colocados reduziria o crescimento orgânico que é essencial a qualquer rede social.

Nós esperamos que nossos usuários sejam responsáveis por suas ações no Orkut e tratem uns aos outros com respeito. Entretanto, quando ocorre uma falha de conduta, nós contamos com você para nos ajudar a manter o Orkut seguro através do botão denunciar abuso. (f. 86-TJ). (g.n.).

Voltando à situação específica vivida pelo Autor, que tomou conhecimento da existência de perfil no Orkut, criado por estranha pessoa, que estaria denegrindo a sua imagem, narra que a página teria deixado de ser retirada mesmo após a denúncia de abuso realizada pela usuária "Luciana", conforme se vê do documento de f. 27-TJ:

Olá, Luciana,

Obrigado pela denúncia de abuso no Orkut em 2010-01-29.

Com base na nossa verificação e considerando os termos de serviço do Orkut, concluímos que esse conteúdo não viola nenhuma política do Orkut. Se você acha que ocorreu um erro, reenvie a sua queixa com informações adicionais para ajudar a nossa equipe de suporte para compreender melhor a sua preocupação com este conteúdo. (f. 27-TJ).

No dia 19.02.11 o próprio Autor teria enviado e-mail ao Google, com o título "Orkut falso", contendo os seguintes dizeres:

Em meados de janeiro de 2010, algumas pessoas do meu convívio me alertaram sobre a existência de um perfil, atribuído a mim, na sua rede de relacionamentos Orkut.

Acontece que eu não sou usuário de tais serviços e, tão logo tive ciência do ocorrido, procurei contactá-los para que procedessem a exclusão dessa conta.

De modo idêntico, agiram pessoas próximas a mim, pois fui informado por elas que havia a possibilidade de denuncia através do sítio.

Infelizmente, nenhuma atitude foi ainda tomada e, em razão disso, ainda está disponível na internet esse perfil de conteúdo ofensivo.

Importante dizer que essa conta participa de fóruns de discussão dos meus meios sociais, razão pela qual a necessidade de urgência na exclusão desse perfil. (f 28-TJ).

Três dias depois do envio do e-mail acima transcrito, foi ajuizada a presente ação judicial. O pedido de tutela antecipada foi deferido, determinada a exclusão, no prazo de quarenta e oito horas, do perfil atribuído ao Autor, sob pena de multa diária de R$5.000,00 (cinco mil reais). Citado, o Réu apresentou contestação e comprovou o tempestivo cumprimento da tutela antecipada. (f. 65-TJ).

De fato, restou demonstrado que o perfil falso atribuído ao Autor ficou acessível no Orkut desde meados de janeiro de 2010 (conforme afirmado na inicial) até 19.03.10 (f. 65-TJ), um dia depois de o Réu ter tomado conhecimento da demanda e do deferimento da tutela antecipada (f. 39v.-TJ).

Além da retirada imediata do conteúdo do Orkut, o Autor requereu indenização por danos morais, deixando de pleitear a identificação do verdadeiro criador do perfil ofensivo.

Ora, como se viu, a responsabilidade pelo conteúdo do perfil é do seu criador. Os danos morais ora pleiteados somente poderiam ser imputados ao verdadeiro usuário que criou o perfil falsamente atribuído ao Autor.

O Apelante não possui meios tecnológicos de vigiar, a todo instante, o conteúdo inserido pelos usuários, inexistindo filtros capazes de detectar eventuais inserções que contenham violações ao direito da personalidade do indivíduo. É impossível a retirada de conteúdo da rede sem a provocação da parte interessada, diante da inviabilidade técnica, fática e jurídica de o Apelante, provedor de hospedagem, varrer seus servidores à procura de um determinado tipo de informação, já que a ilegalidade da publicação somente pode ser aferida, no caso, pelo próprio Autor.

Por tal motivo não vislumbro irregularidade na conduta do Apelante, de rejeitar a denúncia feita pela usuária Luciana (f. 27-TJ), pois, da simples leitura da página inicial do perfil atribuído ao Autor, não se detecta flagrante ilegalidade, a não ser pelo fato de que não teria sido por ele próprio criado, o que foi detectado pelo Réu apenas posteriormente. Ressalta-se que o e-mail de f. 28-TJ, enviado pelo próprio ofendido, não foi respondido, inexistindo, portanto, prova de sua efetiva remessa. Ao tomar conhecimento da presente demanda e do deferimento da tutela antecipada, o perfil foi prontamente excluído. Porém, com isso, apenas, não são afastados, desde logo, os danos morais, pelo Réu, como será adiante discutido.

Vale citar que, em se tratando de publicação de imagens relacionadas ao crime de pedofilia, é de notório conhecimento que o Google possui filtros de detecção automática de imagens relacionadas à pornografia infantil. No entanto, não se pode elastecer tal tecnologia para incluir a filtragem de quaisquer conteúdos, como aquele falsamente atribuído ao Autor, sob pena, inclusive, de se configurar censura, já que o Apelante, como provedor de hospedagem, não possui meios de detectar minuciosamente a ilegalidade da publicação, a não ser em tais casos, de pedofilia, cuja repulsão é universal.

A eficiência dos mecanismos de filtragem de conteúdo inseridos em sites como o Orkut dependem de indicação precisa da parte interessada, pois, dificilmente, existem padrões éticos e morais que possibilitem a unanimidade de opiniões. No caso da pedofilia, como se viu, por se tratar de um tema universalmente preocupante, as autoridades públicas têm tomado atitudes em conjunto com as empresas de hospedagem, com a finalidade de incentivar a criação de filtros específicos para propiciar a exclusão automática e imediata dos conteúdos ilegais. No entanto, em se tratando de temas gerais, a retirada do material depende da aferição da ilegalidade pela própria parte interessada, sendo essencial a provocação, o que, no presente caso, somente se deu judicialmente.

Rui Stoco, na obra já mencionada, traz preciosa lição acerca da responsabilidade do provedor pelo conteúdo das mensagens, textos e excessos de linguagem inseridos por seus usuários:

Surge questão importante a ser solucionada, com indagação no sentido de saber se o provedor responsabiliza-se pelo conteúdo da mensagem, textos e linguagem que trafegam em seus sistemas e por comportamentos imorais, antiéticos, com exploração do lenocínio, da pedofilia, do comércio sexual, divulgação e incentivo à prostituição e outras manifestações incondizentes com os bons costumes.

Demócrito Ramos Reinaldo Filho, magistrado no Estado de Pernambuco, dá notícia de que a Corte de Apelação do Estado de Nova York, (New York State Court of Appeals) adotou uma decisão que certamente vai servir de precedente para casos futuros, posto que na decisão, tomada em 02.12.99, a Corte reconheceu o provedor de acesso à Internet como um mero conduto para o tráfego de informação, em situação equivalente à da companhia telefônica quando ocorre transmissão de mensagens difamatórias por meio de suas linhas.

(...)

Contudo, com todo respeito à decisão da Corte americana, quer parecer que a questão comporta desdobramento e solução segundo as circunstâncias.

Caso o provedor no contrato de adesão que firma com o usuário proponha-se, com o consentimento deste, interferir nos textos armazenados para transmissão, de modo a dele retirar, eventualmente, conteúdo chulo, desonroso, ofensivo ou mensagem, propaganda, convocação e fotos que possam ofender a moral e os bons costumes ou atingir a imagem, a honra e a intimidade das pessoas, então, nesta hipótese, não o fazendo quando devia, responde por sua omissão. Essa omissão qualifica-se como desídia ou negligência e sugere culpa. Ademais, o contrato terá sido descumprido.

Mas se o contrato ressalvar que o conteúdo das mensagens e dos diálogos é de responsabilidade exclusiva dos interlocutores ou do autor da mensagem e que todos os textos e imagens serão enviados exatamente como elaborados, então nenhuma responsabilidade poderá ser imputada ao provedor, sem prejuízo, contudo, de responsabilizar-se civil e penalmente o responsável pelo texto ou imagens, se tiver domicílio ou foro no País.

(...)

O provedor não assume a obrigação de incolumidade para com os seus clientes se o contrato firmado não contiver cláusula nesse sentido.

Não se desconhece que todo e qualquer usuário da internet se precata contra tais intercorrências e a ação malévola e perfidiosa dos invasores ou hackers que, por maldade, má-formação e falta de ocupação lícita, insistem em prejudicar e causar aborrecimentos.

(...)

O provedor da internet, agindo como mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem sobre elas exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros. (ob cit, pág. 940/942). (g.n.).

Portanto, no caso em tela, não se configura o dever substancial direto indenizatório do Réu que, ao tomar conhecimento do conteúdo ofensivo ao Autor, promoveu a imediata retirada do perfil na rede do Orkut (f. 65-TJ). Poderia, na mesma oportunidade, porém, requerer autorização judicial para quebra de sigilo, se necessária à defesa, cujo prazo lhe adviria.

Sobre tal ônus processual, a discussão será adiante retomada.

Importante mencionar que o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, nos autos do Resp. nº 1.193.764-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, não vislumbrou responsabilidade do Google pela veiculação de conteúdo considerado pelo consumidor ofensivo à sua moral. Vale transcrever trechos do voto da Eminente Ministra Relatora:

Não obstante a indiscutível existência de relação de consumo no serviço prestado por intermédio do Orkut, a responsabilidade do Google deve ficar restrita à natureza da atividade por ele desenvolvida naquele site, que, a partir do quanto visto linhas acima, corresponde à típica provedoria de conteúdo, disponibilizando na rede as informações encaminhadas por seus usuários.

Nesse aspecto, o serviço do GOOGLE deve 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 e as comunidades desses usuários.

No que tange à fiscalização do conteúdo das informações postadas por cada usuário, não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra o material nele inserido.

(...)

Em outras palavras, exigir dos provedores de conteúdo o monitoramento das informações que veiculam traria enorme retrocesso ao mundo virtual, a ponto de inviabilizar serviços que hoje estão amplamente difundidos no cotidiano de milhares de pessoas. A medida, portanto, teria impacto social e tecnológico extremamente negativo.

Mas, mesmo que, ad argumentandum, fosse possível vigiar a conduta dos usuários sem descaracterizar o serviço prestado pelo provedor, haveria de se transpor outro problema, de repercussões ainda maiores, consistente na definição dos critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada informação. Ante à subjetividade que cerca o dano moral, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se valer os provedores para definir se uma mensagem ou imagem é potencialmente ofensiva. Por outro lado, seria temerário delegar o juízo de discricionariedade sobre o conteúdo dessas informações aos provedores.

Por todos esses motivos, não vejo como obrigar do GOOGLE a realizar a prévia fiscalização do conteúdo das informações que circulam no ORKUT.

Entretanto, também não é razoável deixar a sociedade desamparada frente à prática, cada vez mais corriqueira, de se utilizar comunidades virtuais como artifício para a consecução de atividades ilegais. (...).

Trata-se de questão global, de repercussão internacional, que se tem ocupado legisladores de todo o mundo, sendo possível identificar, no direito comparado, a tendência de isentar os provedores de serviço da responsabilidade pelo monitoramento do conteúdo das informações veiculadas em seus sites.

(...)

Contudo, essas normas não livram indiscriminadamente os provedores de responsabilidade pelo tráfego de informações em seus sites. Há, como contrapartida, o dever de, uma vez ciente da existência de mensagem de conteúdo ofensivo, retirá-la imediatamente do ar, sob pena, aí sim, de responsabilização.

Existe no Brasil iniciativa semelhante, corporificada no Projeto de Lei nº 4.906/01, do Senado Federal, que, além de reconhecer expressamente a incidência do CDC ao comércio eletrônico (art. 30), isenta de responsabilidade os provedores de transmissão de informações da responsabilidade pelo conteúdo das informações transmitidas (art. 35) e desobriga-os de fiscalizar mensagens de terceiros (art. 37), mas fixa a responsabilidade civil e criminal do provedor de serviço que, tendo conhecimento inequívoco da prática de crime em arquivo eletrônico por ele armazenado, deixa de promover a imediata suspensão ou interrupção de seu acesso (art. 38).

Realmente, esse parece ser o caminho mais coerente. Se, por um lado, há notória impossibilidade prática de controle, pelo provedor de conteúdo, de toda a informação que transita em seu site; por outro, deve ele, ciente da existência de publicação de texto ilícito, removê-lo sem delongas.

Sendo assim, ao retirar o conteúdo ofensivo ao Autor no momento em que teve inequívoco conhecimento da ilegalidade, o Apelante cumpriu rigorosamente o seu dever direto substancial. Os danos morais poderiam ser pleiteados em desfavor do verdadeiro criador das ofensas, e não do Réu, responsável pelo provedor de hospedagem (Orkut), pedido, no entanto, inexistente no caso dos autos. Porém, o Réu não cumpriu seu dever processual, como será demonstrado.

Não se pode fomentar a violência ou a prática criminosa por meio da internet. Os provedores de hospedagem possuem meios adequados à identificação do usuário que pratique eventual ilegalidade, promovendo o eficiente rastreamento dos usuários infratores, impedindo, assim, o anonimato, diligência razoável imputada a um provedor de conteúdo de internet.

Inobstante a inexistência do dever de monitoramento do conteúdo dos perfis hospedados no Orkut, verifica-se, no presente caso, que o Autor requereu, no item "g" de sua petição inicial (f. 14-TJ), a identificação do IP do computador em que teria sido criada a página falsa.

Por sua vez, em contestação o Requerido alegou:

(...) verifica-se que a Google BR não pode divulgar, como pleiteia o Autor, os dados do usuário que postou o vídeo objeto da presente ação sem que haja uma ORDEM JUDICIAL determinando a quebra de tal sigilo.

Requeresse-a, pois, em sua defesa. Tanto que, continua:

(...) cabe destacar que os dados eventualmente armazenados pela empresa são mais do que suficientes para subsidiar a identificação dos usuários, considerando que o IP funciona como se fosse o RG do usuário da internet. Com base no número do IP, data e horário de acesso, é possível identificar o provedor de acesso (e.g. a Telefônica) responsável pela conexão utilizada pelo usuário.

Uma vez oficiado, o provedor de acesso poderá fornecer a identificação completa do usuário responsável pela conexão identificada pelos números de IP's eventualmente fornecidos pela Ré, Ressalte-se que os provedores de acesso devem manter cadastro atualizado de seus usuários, inclusive para possibilitar a cobrança por estes serviços.

Isto posto, vale frisar que, sendo proferida eventual ordem neste sentido, a Ré não se furtará em fornecer os dados disponíveis em seus servidores a respeito do usuário em questão, observando que tais dados se limitarão a e-mail de cadastro, números de IP, datas e horários de acesso referentes a conexões realizadas a partir do Brasil. (f. 61/62-TJ).

É verdade que, em fase de especificação de provas, não houve novo requerimento de identificação do IP do computador em que teria sido criada a página falsa em nome do Autor. O Requerido alega, em petição de f. 134-TJ, que estaria configurada a excludente de responsabilidade por ato de terceiro.

A objeção, porém, não colhe.

Apesar de ter existido nos autos a discussão acerca da necessidade de identificação do verdadeiro criador do perfil atentatório ao direito do Autor, tal diligência não foi realizada, porém por obstáculo processual criado pelo Réu.

O Requerido teria o dever processual de fazer uso do instituto da nomeação à autoria, previsto nos arts. 62 e seguintes do Código de Processo Civil:

Art. 62 - Aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor.

De fato, o Google detém o perfil do Orkut em nome alheio, já que a propriedade da coisa (conteúdo do perfil) é do próprio usuário.

No caso em tela, também seria cabível a nomeação à autoria com fulcro no art. 63, do CPC:

Art. 63 - Aplica-se também o disposto no artigo antecedente à ação de indenização, intentada pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa, toda vez que o responsável pelos prejuízos alegar que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro.

Sobre a aplicabilidade e incidência do referido dispositivo, importante a lição de José de Albuquerque Rocha, em "Nomeação à Autoria", Ed. Saraiva, 1983, São Paulo, pág. 67

Se formulado por meio de uma proposição hipotética, o artigo supra poderia ser enunciado assim:

Dada uma ação de indenização intentada pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa, se o responsável pelos prejuízos alegar que praticou o ato por ordem ou em cumprimento de instruções de terceiro, deve ser a nomeação à autoria do mandante.

Em suma, a lei ligou aos fatos que indica a conseqüência jurídica consistente na nomeação à autoria.

Decompondo-se o conteúdo da norma supra, tem-se que são seus elementos essenciais:

a) uma ação de indenização intentada pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa;

b) a alegação do réu de que praticou o ato por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro;

c) a responsabilidade, solidária ou exclusiva, do terceiro pelos prejuízos.

O conceito de ação de indenização indica o campo de incidência material da nomeação à autoria no caso do art. 63.

A ação de indenização pressupõe um ato ilícito, do qual nasce, justamente, o direito ao ressarcimento dos danos.

Logo, o ato ilícito é o substrato material da nomeação na hipótese, sob análise.

Pouco importa a origem ou o título do direito sobre a coisa.

Derive o direito sobre a coisa do domínio ou propriedade, de outro direito real, dos direitos obrigacionais, ou da posse sem título, cabe a nomeação à autoria, desde que o referido direito sobre a coisa seja violado por um ato ilícito e estejam presentes os seus demais requisitos. Daí aludir a lei ao proprietário ou ao titular de um direito sobre a coisa. (g.n.).

(...) basta a simples alegação do réu de que praticou o ato por ordem ou em cumprimento de instruções de terceiro.

A efetiva existência da subordinação entre o réu e o terceiro é questão de mérito, a ser investigada pelo juiz no curso do processo para ser deslindada, logicamente, na sentença.

Por conseguinte, se as alegações do réu foram aceitas pelo autor e o nomeado reconheceu a sua qualidade de autor intelectual ou psíquico do ato sobre a coisa, concretiza-se, automaticamente, a nomeação à autoria, independentemente da efetiva existência da ordem ou das instruções do terceiro. (g.n.).

Sendo assim, é do Requerido o dever processual de nomear à autoria o proprietário, qual seja, o real criador do perfil falsamente atribuído ao Autor.

Neste caso, descumprido o dever processual, o Requerido deverá responder por perdas e danos, nos termos do art. 69, I, do CPC:

Art. 69 - Responderá por perdas e danos aquele a quem incumbia a nomeação:

I - deixando de nomear à autoria, quando Ihe competir.

Disserta o citado JOSÉ ALBUQUERQUE ROCHA:

Todavia, ressalve-se, mais uma vez, que a afirmação de que o réu tem o dever jurídico de nomear à autoria não deve induzir á idéia de que o instituto é de natureza pública.

Em verdade, o dever jurídico de nomear à autoria, que incumbe ao réu, é estabelecido em benefício do autor e do terceiro, que devia ser nomeado, mas não o foi.

Desta forma, o não cumprimento desse dever, viola os direitos subjetivos desses sujeitos, cujos prejuízos (perdas e danos) devem ser ressarcidos pelo réu.

Se se tratasse de matéria de ordem pública, o ingresso do terceiro (nomeado) no processo, sobreviria por efeito de uma ordem do juiz que deveria conhecer da questão de ofício, nos termos do art. 267, §3º, do Código de Processo Civil. (ob. cit., pág. 72/3).

Na hipótese do art. 69, não há necessidade de o autor da ação de perdas e danos provar a culpa do réu.

A sua responsabilidade decorre da não observância do dever de nomear e da verificação dos prejuízos (ob cit, p. 78).

E complementa:

As perdas e danos [previstos no art. 69,] tem abrangência ampla. Cabem as despesas processuais e os prejuízos que afetam a coisa, seja no aspecto jurídico, seja no aspecto material (idem-idem, p. 79).

E, sobretudo, ainda ALBUQUERQUE ROCHA:

Nenhum jurista, por maior que seja o seu poder de imaginação, conseguirá prever todas as hipóteses que a vida, na sua infinita complexidade e dinamismo, é capaz de oferecer à decisão da Justiça em matéria de responsabilidade civil com base no art. 69, I e II, do Código de Processo Civil (idem-idem, p. 77-8).

É inegável que competia ao Requerido promover a nomeação à autoria do verdadeiro criador do perfil ofensivo ao Autor e sua omissão, existente sentença de mérito, impõe o dever reparatório, conforme, mais uma vez, a lição de José de Albuquerque Rocha:

Com efeito, em regra só se pode cogitar de perdas e danos, ou seja, de prejuízos patrimoniais do autor, ou do terceiro que não foi nomeado, se tiver ocorrido o julgamento do mérito.

Sem esse julgamento o possível direito do autor, ou do terceiro não nomeado, provavelmente permanecerá íntegro, ou seja, provavelmente não sofrerá nenhuma violação, já que a seu respeito não houve definição judicial.

(...)

Posto isto, tem-se que são elementos configurativos da responsabilidade civil do réu:

a) a omissão em nomear, ou a nomeação de pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada;

b) a existência de prejuízos patrimoniais resultantes diretamente do não-cumprimento do dever de nomear.

Assim, congregados esses dois requisitos e não provando o réu a militância em seu favor de alguma escusativa de sua responsabilidade, está na obrigação de reparar os prejuízos. (ob cit, pág. 78).

Não se escude o Réu na alegação do dever de guardar sigilo, que poderia ser quebrado por ordem judicial. Tal dever não se converte em um bill de indenidade - eis que poderia declinar os dados do proprietário ou preponente, fazendo-lhe nomeação à autoria, por assim dizer, ex intervallo, isto é, após o requerimento de quebra do sigilo quando da retirada do perfil, em cumprimento de antecipação de tutela.

Uma vez que o Réu Apelante não promoveu a nomeação à autoria do usuário responsável, chamou a si a responsabilidade deste, pelo risco da atividade - ainda que não a tivesse, originariamente.

São de se registrar as decisões polêmicas do TJRS, nos autos dos Processos nºs 70009993692 e 70022511836, referidas por PATRÍCIA PECK PINHEIRO (ob. cit., pág. 403). Tais arestos são divergentes. O primeiro "reconheceu que não possui o provedor de internet responsabilidade pelo conteúdo ilícito colocado no "ar" por terceiros. Entretanto, em razão da impossibilidade de se determinar o autor da matéria ofensiva, deveria o provedor, no caso, responder por ela". O segundo "condenou um grande provedor de internet pela divulgação de informações difamatórias veiculadas por terceiros em seu serviço de aproximação de pessoas. Novamente, aqui, adotou-se a teoria do risco da atividade".

Ora, ainda que não houvesse, de imediato, a possibilidade de identificação do usuário, a indicação da origem da mensagem (ad instar da modalidade de denunciação da lide sucessiva, ou por força da instrução processual) permitiria que o provedor afastasse de si a responsabilidade por ato de terceiro.

Fora daí, não lhe basta a tese de inexistência de solidariedade, mesmo inexistente origem legal ou volitiva.

E, do dever substancial direto, atendido (retirada do perfil) passou o Réu a assumir o dever substancial indireto (reparar o dano moral) por subrogação pessoal na obrigação do usuário (proprietário e preponente da mensagem), ante a quebra, pela falta de nomeação à autoria, do ônus processual de detentor ou preposto.

À espécie, aplicam-se, então, o art. 186 e o § único do art. 927, do Código Civil. O dano exclusivamente moral é reparável e a responsabilidade civil é inerente à atividade que, por sua natureza, cria risco para os direitos de outrem - no caso, risco permanente, diuturno, ininterrupto.

Diz a Apelante que não há disciplina legal sobre a postagem e a hospedagem nos provedores de internet. A matéria é, portanto, constitucional. Veda o art. 5º, IV, da Constituição da República o anonimato. Eis a garantia a ser atendida mediante o percurso processual necessário.

Aplica-se a responsabilidade objetiva, ajustável à teoria do risco criado, inerente ao serviço oferecido pelo Apelante, pelo que cabe alusão ao escólio de GEORGES RIPERT:

Quando a teoria do risco entende fazer derivar a regra de responsabilidade da lei de causalidade, destrói a idéia moral que, sozinha, pode justificar a responsabilidade. O homem se sente responsável pelos danos que cause por sua falta, mas não por aqueles que cause por fato seu sem tê-los podido prever ou impedir, ou mais exatamente diz que não os causou e, repelindo a imputação de falta, destrói ao mesmo tempo o nexo de causalidade.

(...) Dizer que tal evento é mais que outros suscetível de causar tal dano é pesquisa absolutamente vã, na verdade. Os epítetos são fáceis de encontrar: causa provável, eficiente, adequada, direta, dominante, preponderante, necessária. Mas se se quer pôr o problema como científico, impõe-se reconhecer que todos os antecedentes são causas do dano, porque, suprimido um dos antecedentes, o dano não se teria produzido. Diz-se, então, diante da impossibilidade de escolher, que há a equivalência das condições. (La Règle Morale dans Les Obligations Civiles, 4 ème. ed, LGDJ, Paris, 1949, p. 211-212).

Com tais fundamentos, entendo que o valor da indenização fixada pelo Douto Magistrado deverá ser mantido, alterada apenas sua fundamentação legal.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas, pelo Apelante.

DES. FRANCISCO BATISTA DE ABREU (PRESIDENTE E REVISOR)

**VOTO**

Estou dando provimento à apelação para julgar improcedente o pedido inicial.

Uma indenização por danos morais hoje está fácil.

Alega o apelado que amigos o alertaram que um perfil em seu nome estava no ar com informações estarrecedoras. Descrevendo-as nas fls. 03, informações que não são de sua autoria, embora instruída com sua foto, já que não é usuário da Orkut.

O processo recebeu julgamento antecipado após a impugnação de fls. 122/129 da contestação com sentença de fls. 145/149 condenando o réu, ora apelante, no pagamento de indenização por danos morais no valor R$15.000,00.

O processo está vazio de qualquer prova da origem ou autoria das narrativas, informações contidas numa página de relacionamento divulgado pela apelante.

Nada nos faz não acreditar que tudo isso não passa de uma brincadeira do próprio autor/apelado, ou que tenha sido elaborado por de seu relacionamento e talvez autorizado já que dados pessoais e uma foto sua ilustrando a página.

O processo mereceria uma instrução mais apurada e dela não quis o autor/apelado. Ficou-se e acreditaram na sua alegação.

Parece-nos empreitada para ganho fácil.

Não estou convencido do ilícito e do dano.

Dou provimento à apelação para julgar improcedente o pedido inicial. Inverte-se a sucumbência.

Custas recursais pelo apelado.

DES. SEBASTIÃO PEREIRA DE SOUZA - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. FRANCISCO BATISTA DE ABREUSÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, VENCIDO O REVISOR"

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_