

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Juliano Souto Moreira Madalena

DEVER E RESPONSABILIDADE: ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS  
APLICAÇÕES DE INTERNET

Porto Alegre  
2015

JULIANO SOUTO MOREIRA MADALENA

**DEVER E RESPONSABILIDADE: ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DAS APLICAÇÕES DE INTERNET**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientadora: Professora Doutora Claudia Lima Marques

Porto Alegre  
2015

## **Resumo**

O presente estudo objetiva abordar a análise dos deveres jurídicos das aplicações de internet e o sistema de responsabilidade civil aplicável quando estes não forem observados. O direito brasileiro vem passando por um processo de amadurecimento, proporcionado pelos esforços jurisprudenciais e doutrinários. No caso da responsabilidade civil aplicável aos danos por conteúdo indevido na internet, o advento do Marco Civil da Internet acrescenta rico debate sobre o tema que sugere a aplicação da responsabilidade subjetiva. Tomando como exemplo o modelo de aplicação da responsabilidade civil adotado pelo Marco Civil da Internet, viu-se que este é extremamente gravoso para a vítima. Nesse sentido, verifica-se que a relação jurídica entre aplicação de internet e usuários é de consumo. Com isso, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor em diálogo com o Código Civil, a Constituição Federal e o próprio Marco Civil da Internet para encontrar o sistema adequado para a reparação da vítima.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil, Internet, Direito Civil, Direito do Consumidor e Marco Civil da Internet.

## **Abstract**

This study aims to address the analysis of the legal duties of internet applications and the applicable of the liability system. Brazilian law has been undergoing a process of maturation, provided by jurisprudence and doctrinal efforts. For the applicable of the civil liability to damages for inappropriate content on the Internet, the advent of the “Marco Civil da Internet” adds rich debate on the subject suggests that the application of the subjective responsibility. Taking the example of the application of civil liability model adopted by the Marco Civil da Internet, it was seen that this is extremely burdensome to the victim. In this sense, it appears that the legal relationship between application and internet users is characterized as consumption. With this, we must apply the Consumer Protection Code in dialogue with the Civil Code, the Brazilian Constitution and the Marco Civil da Internet itself to find the right system for the repair of the victim.

Keywords: Civil Liability, Internet, Civil Law, Consumer Law and Marco Civil da Internet

*Para Rejane Moreira e Tatiana Pufal, pela inspiração.*

## AGRADECIMENTOS

O presente trabalho representa a travessia humana e intelectual de seu autor, mas que só foi possível pelo apoio e incentivo de seus professores, da sua família e de seus amigos. Assim, agradeço os valiosos ensinamentos e incansável dedicação para o magistério da Professora Dra. Cláudia Lima Marques que recebe seus alunos com carinho de mãe.

Não obstante, no decorrer deste curso de Pós Graduação em Direito o convívio diário com colegas e professores da maior envergadura intelectual permitiram ao mestrando imprimir no presente texto a vontade pela busca da proteção da pessoa humana. Nesse sentido, não posso deixar de agradecer os ensinamentos de alguns de tantos professores que marcaram essa trajetória:

Ao Professor Dr. Augusto Jaeger Jr., pela certeza de suas palavras e exemplo de sua dedicação ao ensino. Ao Professor Dr. Bruno Miragem, pela amizade e pelos valiosos ensinamentos. Ao Professor Dr. Fabiano Menke, pela generosidade e humildade com que aproxima seus alunos da sua bagagem intelectual. Ao Professor Dr. Cesar Santolim pela amizade e incentivo no tema pesquisado. Ao Professor Dr. Marcelo Junqueira Calixto, pela marcante humildade com que ensina e contribuiu, mesmo distante, através do seu profundo exemplo de generosidade e saber.

Aos familiares, agradeço pela compreensão nas ausências físicas, ou mesmo que quando presente, pelo entendimento da ausência espiritual.

À Iolanda Terezinha, pelo amor diário.

À Beatriz Alvim Pufal, pelo carinho, inspiração e exemplo.

Ao Roger Pufal, pelos ensinamentos e profícuas conversas jurídicas que marcam as entrelinhas do presente texto.

Também agradeço aos meus colegas de Mestrado, pela amizade e convivência. Do mesmo modo, agradeço a atenção e carinho da equipe de funcionários: Ades Sanchez, Rose (PPGD), Denise (PPGD) que se dedicam diariamente em atender as demandas de alunos e professores.

## **SUMÁRIO**

### **INTRODUÇÃO**

I. - Os deveres jurídicos e a transformação da responsabilidade civil

I.a. A aplicação da responsabilidade civil pelo código civil de 2002

I.b. O regime da responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor

II. - A relação jurídica do usuário com as aplicações de internet: o instituto do contrato e as transformações da autonomia privada

II.a. Natureza da responsabilidade civil das aplicações de internet

II.b. Interpretação da responsabilidade civil por conteúdo indevido do Marco Civil da Internet

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

## INTRODUÇÃO

A internet assume papel de um novo espaço caracterizado pela interatividade, conexão e escalabilidade<sup>1</sup>. Nos passos da revolução midiática imposta pela televisão, a internet tornou-se o maior catalisador de informação da sociedade moderna. É como se, com o advento da internet, o homem passasse a ocupar dois espaços: o físico e o virtual. Nesse sentido, a internet desempenha não só o atributo de comunicar, mas também de desdobrar atividades físicas em uma realidade virtualizada. A revolução da mídia promovida pela internet superou ou poderá superar a realizada pelo papel<sup>2</sup>. Essa característica foi permitida pela adesão cultural que a internet oferece, e que possibilita a aproximação de diferentes culturas, a manifestação da liberdade de expressão e o desenvolvimento de uma identidade virtualizada que concede ao Homem moderno o reencontro com o pertencimento<sup>3</sup>. E é por essa razão que, inobstante a sua origem norte-americana, a rede mundial de computadores desenvolveu a capacidade de atingir diversas línguas, nações, culturas e exerce papel fundamental para o desenvolvimento do que hoje conhecemos como globalização<sup>4</sup> e pós-modernidade<sup>5</sup>.

O verdadeiro poder de comunicação hoje disponível ao usuário é o resultado da evolução da comunicação interativa em massa. Isso porque a sociedade atual pós-moderna caracteriza-se pela sociedade em rede. Por sociedade em rede, compreendemos uma estrutura social que permite a experiência de processamento e comunicação de informações digitais<sup>6</sup> em redes<sup>7</sup>. Essas redes atuam

---

<sup>1</sup> Lawrence Lessig conceitua o fenômeno como “cyberespaço”. Por esse conceito, compreende-se que existe a internet na qual é utilizada para comunicação e troca de informações como outros mecanismos já existentes analógicos ou digitais, mas também há na internet a rede de compartilhamento e colaboração onde todos podem participar independente do lugar que estiverem. LESSIG, Lawrence. **Code 2.0**. New York: Basic Books, 2006. p. 19 *et seq.*

<sup>2</sup> COULDRI, Nick. **Media, Society, World: Social theory and digital media practice**. New York: Polity Press, 2012. p. 11.

<sup>3</sup> Zygmunt Bauman estuda o conceito da identidade como uma compreensão humana, pois sua criação se deu através de uma ficção, e não de uma experiência humana propriamente dita. O pertencimento e a identidade não possuem a solidez perpétua, mas sim a finitude de um mecanismo que exerce um poder de transformação contínua. As identidades estão em constante trânsito, provenientes de diversas fontes, quais sejam aquelas disponibilizadas por terceiros ou acessíveis através de nossa própria escolha. Neste cenário, coteja-se a internet como desdobramento virtual da realidade, que permite a fácil entrada e saída de sujeitos e que lá, também, assumem identidades ou reforçam a construção da existente. BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

<sup>4</sup> José Carlos Barbosa Moreira destaca que: “... as conquistas da ciência e da técnica derrubam muitas das barreiras de outrora, encarecendo de divisões características de um universo verticalmente hierarquizado e mais rigidamente compartimentado”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O direito em tempos de globalização**. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 1982. p. 16.

<sup>5</sup> David Harvey contextualiza o polêmico termo da pós-modernidade, identificando suas conotações em diversos aspectos da sociedade. A obra atribui importante tese para o dinamismo que o próprio termo possui, tendo em vista que a pós-modernidade eclodiu da construção de uma nova classe social. HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 2012. Sébastien Charles, o autor destaca que a modernidade se apoiava em dois valores: a liberdade e a igualdade do indivíduo autônomo.

<sup>6</sup> LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcelona, 2004. p. 77.

<sup>7</sup> CASTELLS, Manuel. **Communication power**. USA: Oxford University Press Inc., 2009. p. 24.



em um nível global de forma colaborativa e são conduzidas, ou não, para um determinado caminho pelos seus próprios usuários. O principal efeito de uma sociedade em rede é que todas as pessoas são afetadas por atos nela praticados, que, por sua vez, se irradiam de nó a nó. Um exemplo desse fenômeno são as crises financeiras quando, em segundos, o mundo passa a tomar conhecimento do comportamento do mercado que responderá de acordo com os reflexos positivos ou negativos de uma atividade. Sobre isso, Stan Davis e Christopher Meyer lecionam que “a informação tomou o lugar da capacidade industrial como meio primário de gerar riqueza, e agora, as bases da economia estão se deslocando mais uma vez”<sup>8</sup>.

Nesse cenário de pessoas escondidas<sup>9</sup>, que deslocam seus interesses para o cyberspaço e por vezes são reconhecidas pelas identidades virtuais<sup>10</sup>, surge a necessidade de aplicar o sistema da responsabilidade civil, ocorrendo danos à aos usuários de aplicações de internet. Diante desse fenômeno, o intérprete deverá adequar-se às novas legislações e revisar as existentes. Assim, encontrará o diálogo<sup>11</sup> e o equilíbrio corretos para superar a aparente dificuldade em tutelar os danos na internet. Como tantas disciplinas jurídicas, cujas bases são estremecidas pela tecnologia, a internet desafia o Direito e o sistema da responsabilidade civil que deve ser aplicado em seu escopo.

No transcorrer dos últimos anos surgiram diversas modalidades de aplicação do sistema da responsabilidade civil para internet, que por vezes se confundiam entre si e não lograram êxito em entender o tempo e lugar em que deveriam atuar. Atualmente, a jurisprudência brasileira evolui em passos largos no tema e elenca importantes diretrizes e princípios que devem ser observados. Nesse sentido, o presente estudo pretende abordar fundamentos importantes para contribuir com o caminho que deverá ser tomado pela responsabilidade civil, nos casos das aplicações de internet que atuam no tratamento e guarda de conteúdo gerado por terceiros.

Desse modo o problema do presente estudo é: qual será o sistema de responsabilidade civil adequado para recompor os danos advindos das aplicações de internet? Como asseverado, muitas

---

<sup>8</sup> DAVIS, Stan; MEYER, Christopher. **Riscos e oportunidades na e-economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 19.

<sup>9</sup> Claudia Lima Marques já apontava que nos contratos eletrônicos o consumidor será: “um sujeito mudo na frente de um écran, em qualquer tempo, em qualquer língua, com qualquer idade, identificado por uma senha (PIN), uma assinatura eletrônica (chaves públicas e privadas), por um número de cartão de crédito ou por impressões biométrica...”. MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 63.

<sup>10</sup> Eric Schmidt e Jared Cohen lecionam que para os governos é arriscado possuir milhares de “anônimos”, que muitas vezes não são passíveis de rastreamento ou até mesmo sem ao certo se definirem como cidadão de uma nação (*hidden people*). Os governos precisam saber quem está associado a cada identidade online através de uma verificação, para então exercer um controle no mundo virtual. SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. **The new digital age: reshaping the future of people, nations and business**. New York: ALFRED A. KNOPF, 2013. p. 33.

<sup>11</sup> Claudia Lima Marques e Erik Jayme advogam pela aplicação simultânea, coerente e coordenada das fontes legislativas. A solução de conflitos e antinomias não mais devem ser observadas por critérios hierárquicos, anterioridade ou de superação pela especialidade. O direito contemporâneo recebe atualmente a teoria do diálogo das fontes para constituir a convivência dos sistemas, e não mais excluí-los. MARQUES, Claudia Lima. (Org.). **Diálogo das fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 19-66.

foram as indagações sobre a adequação da responsabilidade civil aplicável na realidade da internet, entretanto, os deveres jurídicos permaneceram inabaláveis em face dessa nova estrutura de comunicação. É dizer, ainda que se encontre alguma dificuldade de aplicação da responsabilidade civil da internet, é imprescindível a valorização dos deveres jurídicos adstritos a esta nova realidade. Em virtude disso, a hipótese desse estudo versa que para encontrar o equilíbrio na aplicação da responsabilidade civil por danos causados por aplicações de internet é imprescindível a busca pelos deveres jurídicos originários dessa relação jurídica.

## I - Os deveres jurídicos e a transformação da responsabilidade civil

Se há obrigação de indenizar (“*dans tous ces cas, la responsabilité se traduit par une obligation d’indemniser*”<sup>12</sup>) é porque houve o descumprimento de um dever jurídico legítimo, pois o dano atingiu um bem protegido pelo direito. Savatier, que adota a culpa como vetor da responsabilidade civil, aborda o conceito de culpa como a inexecução de um dever que o agente deveria observar: “*La faute est l’inexécution d’un devoir que l’agent pouvait connaître et observer*”<sup>13</sup>. Larenz, ao seu turno, conceitua a culpa da seguinte forma: “*La violacion dolosa o negligente de un derecho ajeno o de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico. Obra dolosamente quien ha admitido en su voluntad el efecto antijurídico, y negligentemente, quien lo hubiera podido prever y evitar empleando la diligencia, atención y precaución señaladas por el ordenamiento juridico*”<sup>14</sup>. Ainda que o critério da culpa seja discutível na contemporaneidade, para nós, a premissa condutora do presente estudo será encontrar os deveres jurídicos das aplicações de internet e os modelos de responsabilidade civil aplicáveis quando estes forem descumpridos. Assim, ao nos questionarmos quais motivos levam as aplicações de internet a ressarcir eventos danosos<sup>15</sup> ocorridos, em face de sua relação jurídica com o usuário ou não, cinge-nos compreender as fontes desses deveres.

Ao que tudo indica, ainda que tanto a doutrina quanto a jurisprudência se apoie em deveres jurídicos universais, se faz imperiosa a análise das fontes originárias de deveres da aplicação de internet. Dessa forma, estaremos construindo o caminho para alcançarmos a técnica correta de pavimentação do sistema da responsabilidade civil compatível com a natureza jurídica das aplicações de internet e o modelo de atividade que exercem na sociedade da informação. Por essa razão, o presente tópico analisará a teoria geral da responsabilidade civil com fulcro em responder quais os motivos levam as aplicações de internet a ressarcir seus usuários ou vítimas de eventos danosos.

Na mesma medida em que vincula a importância da culpa como elemento da responsabilidade civil, Savatier refere, inclusive, que será impossível defini-la sem a compreensão ou noção de dever. Assim, o autor revela que o dever violado por um agente é um dever legal,

---

<sup>12</sup> LALOU, Henri. **Traite pratique de la responsabilité civile**. 4. ed. Paris: Dalloz, 1949. p. 3.

<sup>13</sup> SAVATIER, Rene. **Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural**. v. 1. Paris: Droit et Jurisprudence, 1951. p. 5.

<sup>14</sup> LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1978. p. 50.

<sup>15</sup> Não há responsabilidade civil sem dano. Veja: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito como sistema, complexo e de 2ª ordem. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil (Parecer). **Revista Forense**, v. 361, maio 2002. p. 127-134.

imposto pela lei ou devidamente regulamentado<sup>16</sup>. Daí, aquele que tem o dever de agir e se omite, incorrerá na obrigação de reparar dano eventualmente gerado por sua abstenção. Por outro lado, a ação que viola o dever legal também constituirá o dever de reparar. Dessa lógica, reforça-se a existência de um “*devoir général de ne pas nuire à autrui*”<sup>17</sup>. Nessa perspectiva, em uma sociedade civilizada, pressupõe-se que ninguém terá o direito de prejudicar seus pares, que constitui o *neminem laedere*<sup>18</sup>. Com efeito, Pontes de Miranda acrescenta que a proibição de ofender é um dos princípios fundamentais da ordem social<sup>19</sup>. Contudo, a crítica do doutrinador brasileiro é que o princípio do *neminem laedere* sintetiza a “realidade formal do direito”, faltando-lhe conteúdo positivo<sup>20</sup>.

A lei que obriga o sujeito a fazer ou não fazer possui um caráter absoluto, o que lhe oportuniza a tutela jurídica para todas as vítimas da inobservância de um dever juridicamente protegido. O dever jurídico corresponde ao ônus positivo que é imposto na sociedade de direito, sendo que para o equilíbrio da sociedade é preciso que os regulados se mantenham em dia com seus deveres. Assim, a lição de Clóvis Bevilacqua sobre o conceito de culpa: “O exercício regular do direito é a realização de seu destino próprio. Ainda que alguém se julgue prejudicado com isso, nenhuma reparação lhe deve o titular do direito, desde que se manteve dentro da ordem jurídica. Mas desde que alguém, por culpa ou dolo, ofender o direito de outrem, rompe com a ordem jurídica, pratica um ato ilícito, deve reparação”<sup>21</sup>.

Na lição de Larenz, o dever jurídico corresponde ao segundo elemento constitutivo da relação jurídica<sup>22</sup>. Considerando a relação jurídica fundamental, o direito de cada pessoa está conectado a um dever individual de respeitar todas as pessoas. Assim, sobre a importância do dever para um ordenamento jurídico, Larenz ensina: “*Así como el ordenamiento jurídico no puede prescindir del concepto de derecho subjetivo, tampoco le es innecesario el concepto de deber jurídico*”<sup>23</sup>. Com isso, o dever experimenta a aproximação com um conceito moral de não prejudicar a outrem, o que justifica a vinculação do seu descumprimento a uma sanção. Desse modo, a noção de violação de dever remonta à ideia de um comportamento reprovado juridicamente. Larenz esclarece: “Es preciso sostener que tras el concepto de deber jurídico se halla la idea de una exigencia dirigida a la persona, un deber personal al que en principio no puede

---

<sup>16</sup> SAVATIER, Rene. **Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural**. v. 1. Paris: Droit et Jurisprudence, 1951. p. 8.

<sup>17</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>18</sup> RIPERT, Georges; BOULANFER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil de Planiol**. Paris: Droit et Jurisprudence, 1952. p. 311.

<sup>19</sup> MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. Tomo 53. Rio de Janeiro: Borsoi: 1972. p. 14.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>21</sup> BEVILACQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Campinas: Servanda, 2007. p. 375.

<sup>22</sup> LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1978. p. 48.

<sup>23</sup> *Ibidem*, loc. cit.

sustraerse aquélla en su propia conciencia moral o jurídica”<sup>24</sup>. Em razão disso, é que a obrigatoriedade do dever jurídico não se vincula com a exigência de necessidade de consentimento do obrigado. Se funda, na lição de Larenz “*en la exigencia objetiva de validez del ordenamiento jurídico*”<sup>25</sup>.

Portanto, Larenz inclui no sentido ético de pessoa a ideia de responsabilidade por sua própria ação ou omissão: “*Tener responsabilidad y ser hecho responsable es un privilegio y una carga de la persona*”<sup>26</sup>. Contudo, na obra de Larenz se verifica a distinção dos critérios morais e jurídicos. Nesse diapasão, o autor refere que a extensão da responsabilidade jurídica não coincide com a da responsabilidade moral, o mesmo quanto à extensão de deveres jurídicos e morais. Isso porque, na responsabilidade jurídica, pressupõe-se uma imputação jurídica através de critérios que alcancem a todos. Em virtude disso, a consequência jurídica originará um dever de ressarcir os danos.

Por sua vez, Carnelutti advoga por uma classificação dos deveres jurídicos. Assim sendo, o doutrinador refere que “*La distinción fundamental en cuanto al deber está entre la abolición y la limitación del poder obrar, o, en otras palabras, entre la impotencia y la necessitas*”<sup>27</sup>. Nesse sentido, o autor esclarecer que o poder de agir do homem está limitado. Sendo assim, quando ocorre um poder que venha lesar terceiro desencadeia-se o dever de reparação. Ao seu turno, Pontes de Miranda leciona: “*Quando fazemos o que não temos o direito de fazer, certo é que cometemos ato lesivo, pois que diminuimos, contra a vontade de alguém, o ativo dos seus direitos, ou lhe elevamos o passivo das obrigações, o que é genericamente o mesmo*”<sup>28</sup>.

Ao desenvolver seu pensamento sobre a violação dos deveres legais, Savatier destaca os que entende como principais. Assim, a legislação geralmente impõe diversos deveres de fazer ou não fazer, que alcançam inúmeras possibilidades. Em um primeiro momento, o autor destaca a obrigação que o tutor possui com o tutelado, que se compromete em cuidar e zelar pela integridade do segundo. Do mesmo modo, o autor disciplina a violação dos deveres para com a família e, no mesmo diapasão, Savatier acrescenta a violação dos deveres da “*législation sociale*”, que representam a não observância das obrigações sociais impostas aos empregadores. A base que sustenta o dever de indenizar é formada pelo que Cavalieri Filho conceitua como dever jurídico *lato sensu*<sup>29</sup>, sendo possível sua identificação em ambos modelos de responsabilidade civil. O dever jurídico *lato sensu* é a relação umbilical entre o dever de indenizar e a origem da obrigação. Nesse

---

<sup>24</sup> LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1978. p. 49.

<sup>25</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>27</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Teoria general del derecho**. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1955. p. 215.

<sup>28</sup> MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. Tomo 53. Rio de Janeiro: Borsoi: 1972. p. 13.

<sup>29</sup> CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 19.

sentido, o dever poderá ter como sua fonte a relação jurídica contratual preexistente ou, como já referimos, a norma e/ou, nas palavras de Cavaliere Filho: “o preceito geral de Direito”<sup>30</sup>. Com isso, a doutrina tradicional, que inclui o supracitado Professor, constrói caminhos diversos para a responsabilidade civil com base no tipo dever jurídico preexistente que originou a indenização.

A vinculação do dever com a conduta que deve ser cumprida pelo homem também é trazida na doutrina de Jaime Berdaguer, ao afirmar que: “*La realización de la conducta prohibida por la norma constituye un hecho ilícito. Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema conforma al cual el individuo debe observar una conducta determinada, la inobservancia de dicha norma constituye un hecho ilícito*”<sup>31</sup>. Desta forma, toda norma determinará a conduta esperada que um sujeito deve cumprir, o que cria um dever jurídico subjetivo. Quando a norma não é atendida, o dever jurídico é atingido e desencadeia uma sanção. Por conseguinte, Berdaguer leciona que onde não for possível impor uma sanção ao sujeito, não existirá dever jurídico<sup>32</sup>. Contudo, existe diferença entre o conceito de dever jurídico e o de direito subjetivo. Um exemplo é o caso do dever que o devedor possui cuja prestação corresponde ao direito subjetivo de crédito, assumida perante terceiro (credor). Na mesma senda, destacam-se os titulares de direitos absolutos, como os reais, que promovem à terceiros um dever absoluto e negativo de absterem-se de qualquer perturbação da propriedade.

Com isso, Berdaguer também conclui: “*La violación del deber jurídico da lugar a responsabilidad jurídica*”<sup>33</sup>. Essa substituição de deveres, o de cumprir e o de reparar, ocorre em razão da regra de direito que é concebida para que o indivíduo observe e cumpra determinada conduta. Assim sendo, quando esta conduta não for cumprida, haverá a responsabilidade civil. Do mesmo modo Hermes Lima distingue que: “O objeto do dever é sempre uma prestação ou conduta do obrigado. Esta conduta pode consistir num ato da atividade pessoal ou numa prestação. A conduta pessoal, objetivo do dever, pode ser positiva ou negativa, fazer ou omitir; ou deixar de fazer”<sup>34</sup>. E quanto à obrigação que decorre do dever, o autor acrescenta: “Juridicamente onde há obrigação, há sanção que a garante e assegura”<sup>35</sup>. Nesse sentido, Jean Carbonnier esclarece: “*Una vez que el mal se ha producido, hay una voz que interroga al sujeto: ¿Quién lo ha hecho? ¿Has sido tú? El hombre se ve precisado a responder ante su conciencia, en caso de responsabilidad moral, o ante el Derecho, si de una responsabilidad jurídica*”<sup>36</sup>. O direito subsiste sob normas imperativas,

---

<sup>30</sup> CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 19.

<sup>31</sup> BERDAGUER, Jaime. **Fundamentos del derecho civil**. Tomo I. 2. ed. Montevideo: FCU, 2005. p. 31.

<sup>32</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>34</sup> LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 28. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A, 1986. p. 34.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>36</sup> CARBONNIER, Jean. **Derecho civil: situaciones extracontractuales y dinamica de las obligaciones**. Tomo II. v. III. Barcelona: BOSCH, 1971.

de modo que impõe condutas, sendo que a relação entre a norma e a conduta é de subordinação. Por essa razão é que o imperativo jurídico é a expressão de uma vontade dirigida ao comportamento de terceiros.

Sobre a sujeição do indivíduo aos direitos subjetivos, Caio Mário leciona: “Ora, se é certo que há normas de conduta que impõe obrigações gerais sem corresponsivo individual (por exemplo, a que determina ao indivíduo ser eleitor), outras normas, e são as mais numerosas e frequentes, determinam um comportamento, ou estabelecem um dever e criam simultaneamente da parte do indivíduo um poder, que se efetiva pela sujeição de outro indivíduo, ou geram a faculdade de reclamar uma contenção de procedimento por parte do próprio Estado”<sup>37</sup>. A designação desse poder, que constitui o direito subjetivo<sup>38</sup>, não se limita a sua individualidade, pois superada pela concepção de direito social.

Na doutrina portuguesa, João de Matos Antunes Varela advoga pela elevação da obrigação de indenizar para a categoria autônoma das obrigações. Com efeito, o doutrinador português defende que a obrigação de indenização poderá resultar, dentre outros, dos seguintes fatos: a) do não cumprimento de qualquer obrigação, da mora ou do cumprimento defeituoso, da impossibilidade da prestação por causa imputável ao devedor ou da violação de qualquer dever acessório de conduta; b) do fato ilícito culposo extracontratual; c) do fato danoso que decorra de risco de natureza objetiva; d) do prejuízo causado por quem age erroneamente em legítima defesa, sendo o erro inescusável. e) do prejuízo causado por fatos lícitos; f) da expropriação por utilidade pública ou particular ou da requisição de certos bens; g) da culpa na formação do contrato; h) da obrigação contratualmente assumida de reparar o dano<sup>39</sup>. Com isso, o jurista aponta que a indenização corresponde apenas a medidas ou providências destinadas a reparar o prejuízo sofrido por outrem, “com exclusão do que seja a mera realização do direito”<sup>40</sup>.

Na doutrina de Clóvis do Couto e Silva, o dever de indenizar “surge como decorrência da necessidade de repartir os riscos na vida social”<sup>41</sup>. Por conseguinte, na lição do Professor, a atividade deve preencher o suporte fático previsto na lei e vincular o autor a responder pelo evento danoso. Desse modo, o Professor destaca o problema que correspondente à culpa, questionando até que ponto ou limite se verifica determinada atividade como culposa<sup>42</sup>. Nesse sentido, a doutrina

---

<sup>37</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 21.

<sup>38</sup> Veja: CARBONNIER, Jean. **Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del Derecho**. Madrid: Tecnos, 1974. p. 131-139.

<sup>39</sup> VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994. v. I. p. 893 e 894.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> SILVA, Clóvis Couto e; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 191.

<sup>42</sup> COUTO E SILVA, Clóvis. FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 192.

dividiu a culpa em “lata”, “*levis*” e “*levíssima*”. A culpa *levíssima* correspondia à atividade daquele que não agia de forma diligente, configuração que era alcançada através da comparação com um paradigma. Clóvis de Couto e Silva questiona esse caminho: “Sem abolir a pessoa, e a exigência de existir pelo menos culpa no agente parece demonstrar isto, sem levar as soluções jurídicas ao campo do confronto com o paradigma, de que resultam em grande medida, não só a incerteza, mas, o que é bem mais grave, arbítrio julgador (...)”<sup>43</sup>.

Nessa composição, o homem está submetido à regra social, que coexiste com sua compreensão de indivíduo e que está associada ao direito objetivo. Desse modo, o direito objetivo é a norma de comportamento que busca disciplinar a conduta<sup>44</sup>. Assim, Eugênio Facchini Neto<sup>45</sup> destaca três importantes funções da responsabilidade civil. Em um primeiro momento, a responsabilidade civil possui no seu cerne a função reparatória, onde se determina a reparação de um prejuízo material com vistas a retornar ao *status quo ante* da vítima lesada. Seguindo, o Professor destaca a função punitiva da responsabilidade civil, pela qual busca-se punir o agente ofensor em virtude da conduta que praticou. Essa função vincula-se estritamente à moral e à ética jurídica, e já se encontrava presente nos sistemas jurídicos da antiguidade. Nesse diapasão, o Professor destaca que a aceitação da compensabilidade dos danos extrapatrimoniais possibilitou o seu duplo efeito: o de compensar e o de punir. Ao seu turno, a função dissuasória reflete a intenção de prevenir condutas futuras. A intenção é dar conhecimento à sociedade sobre as consequências jurídicas de promover atos danosos.

Originalmente, confundia-se a norma de conduta e a religiosa, que representam na doutrina de Caio Mário o seguinte ensinamento: “Mesclado a princípio o elemento jurídico *ius* ao religioso *fas*, a norma de conduta envolve ao mesmo tempo o dever para com a divindade e o dever para com o próximo, aquele mais importante, este menos, ambos, porém, definidos e impostos de maneira coativa, revestidos de sanções pesadas e graves”<sup>46</sup>. As normas que revestem o direito objetivo são, na visão de Caio Mário<sup>47</sup>, de amplitude diversa, pois alcançam desde a sua concepção mais restrita até a mais ampla. Por isso, em sentido estrito, o direito objetivo será a lei e no sentido amplo encontrará diversas fontes: usos, costumes e os princípios gerais de direito, por exemplo. Em outros tempos, as sanções da contemporaneidade estão dependentes do instituto milenar da

---

<sup>43</sup> *Ibidem, loc. cit.*

<sup>44</sup> COUTO E SILVA, Clóvis PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 33.

<sup>45</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo código. **Revista Jurídica**, n. 309, 2003. p. 27-28.

<sup>46</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 33.

<sup>47</sup> *Ibidem, loc. cit.*



responsabilidade civil. Se antes confundiam-se as fontes, religiosa ou jurídica, atualmente se mesclam os fundamentos e pressupostos: responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Na concepção de Miguel Reale, a característica principal da norma jurídica é “o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma fora de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”<sup>48</sup>. O conteúdo da norma pode ser disposto por preposições diversas e correlacionadas, que encontram na interpretação jurídica o significado correto que lhe é devido. Dessa assertiva que se desdobra a noção do *dever ser*. Logo, na doutrina de Hart, os direitos e deveres jurídicos encontram em comum, o escopo de proteger a liberdade individual através de mecanismos que conferem ao indivíduo os recursos coercitivos do direito<sup>49</sup>. De todo modo, sejam as leis justas ou injustas, na concepção de Hart, os direitos e deveres se revestem de fundamental importância para os seres humanos<sup>50</sup>.

Portanto, decorrem da manifestação da atividade humana os problemas da responsabilidade civil. José de Aguiar Dias contabiliza, com razão, que a mutabilidade dos conceitos da responsabilidade civil é adstrita à própria concepção do homem como ser dinâmico e social. Na definição do doutrinador, o que mais aproxima “uma definição de responsabilidade é a ideia de obrigação”<sup>51</sup>. Obrigação esta, que quando descumprida incorrerá na desconformidade da conduta com o direito, o que gera o dever de readequar o ordenamento jurídico para a busca de sua coerência. Jorge Mosset Iturraspe ressalva que a noção antijurídica contrapõe a noção de antijuridicidade formal e material<sup>52</sup>. Nos ensinamentos do Professor, a antijuridicidade formal pressupõe uma ação contrária a uma proibição normativa de fazer ou deixar de fazer (ação ou omissão). Em contrapartida, a antijuridicidade material consiste na contrariedade dos preceitos legais. Dessa forma, leciona o Professor da bifurcação do sistema da responsabilidade civil que encontra razões diversas quando adotada a responsabilidade objetiva e subjetiva.

Assim, a responsabilidade subjetiva pressupõe a moradia do antijurídico ou ilícito “*el alma del agente*”, enquanto à responsabilidade objetiva corresponderá apenas sobre a conduta prejudicial, sem importar na relação interpessoal do agente com o dano. Contudo, Iturraspe também advoga pela noção de responsabilidade civil que se origina pelo descumprimento da norma e deveres jurídicos. Assim sendo, está é a doutrina do Professor Argentino: “*La acción será antijurídica, creemos, cuando infrinja los mandatos o prohibiciones del ordenamiento jurídico; cuando viole una norma de deber destinada a la protección de los intereses. El juzgador tendrá en cuenta, en*

---

<sup>48</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 95.

<sup>49</sup> HART, Lambert L.A. **O conceito de direito**. Tradução por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 331-332.

<sup>50</sup> *Ibidem*, loc cit.

<sup>51</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 2.

<sup>52</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**: parte geral. Tomo 1. Buenos Aires: EDIAR, 1971. p. 25-26.

*consecuencia, a más de los dictados de la ley, los del orden público y las buenas costumbres*<sup>53</sup>. Daí porque o autor defende a ampliação do escopo de deveres e interesses jurídicos tuteláveis, e compreende que a finalidade da lei e a boa-fé são importantes *standards* para alcançar os objetivos perseguidos pelo direito. A contrário *senso*, quando a conduta humana corresponder ao atendimento da ordem social e comunitária haverá a sua compatibilidade com o sistema jurídico.

A linha tênue que separa a subjetividade e objetividade da responsabilidade civil pode ser explicada pelo princípio da transubjetividade, que foi adotado pelo nosso sistema jurídico e está previsto na doutrina de Marcos Bernardes de Mello. Por esse princípio, verifica-se um nexo entre o evento danoso e o homem, que na lição do supracitado autor: “transcende à pura subjetividade da culpa e não se compraz com a só objetividade do risco”<sup>54</sup>. A referida premissa se traduz pela revelação da contrariedade ao direito e à imputação de ressarcimento daquele que está diretamente vinculado a ela, resguardando existência de pressupostos de natureza subjetiva.

O autor apresenta o exemplo da responsabilidade civil por fato do animal ou da coisa, onde é possível verificar de forma cristalina a concretização da transubjetividade da responsabilidade civil. Quando se trata de responsabilidade por fato do animal, ainda que a doutrina considere como caso de responsabilidade por culpa presumida (art. 936 CC/02) ou pelo risco (art. 937 CC/02) é possível encontrar, em ambos os casos, a transubjetividade da responsabilidade civil. No caso do fato do animal, quando o dono não puder comprovar as hipóteses de exclusão da ilicitude a sua responsabilidade persistirá, pois mesmo que comprove por outras hipóteses de exclusão, a norma jurídica estabeleceu uma vinculação direta entre o dono e o fato danoso do animal.

Assim, se demonstra a grande confusão que se faz na doutrina sobre o sistema de responsabilidade civil aplicável: objetiva ou subjetiva. Em ambos os casos se verificará a desconstrução dos argumentos da subjetiva ou objetiva, pois as classificações se demonstram insuficientes para a exaustão dos argumentos dogmáticos do instituto. Visam, outrossim, servir como válvulas de descompressão do sistema da responsabilidade civil com vistas a permitir que o intérprete encontre, através de atalhos, o caminho para a solução do caso concreto. Por essa razão, nesse momento do estudo não nos será importante a dureza binária das classificações de responsabilidade civil. Importa-nos compreender o núcleo da responsabilidade civil, suas origens estruturais e razões que fazem dessa obrigação um dos institutos mais mutáveis do direito.

De todo modo, a “conduta humana será obediente ou contraveniente à ordem jurídica”, pois caberá ao sujeito conformar-se com as prescrições legais ou não<sup>55</sup>. Em vista disso, a conduta

---

<sup>53</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**: parte geral. Tomo 1. Buenos Aires: EDIAR, 1971. p. 37.

<sup>54</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 245.

<sup>55</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 414.

contraveniente representa o ato ilícito concretizado em desacordo com os deveres resultantes da norma ou do contrato. Daí a lição de Caio Mário: “A ilicitude da conduta está no procedimento contrário a um dever preexistente. Sempre que alguém falta ao dever a que é adstrito, comete um ilícito, e com os deveres, qualquer que seja sua causa imediata, na realidade são sempre impostos pelos preceitos jurídicos, o ato ilícito importa na violação do ordenamento jurídico”<sup>56</sup>.

Nesse diapasão, se faz imperiosa a revisão dos atos ilícitos, na intenção de identificar as raízes dos modelos de responsabilidade civil para a sua posterior adequação ao âmbito do presente estudo. Preliminarmente, reconhecemos que a classificação dos atos ilícitos no direito civil é extremamente tumultuosa, sendo que não pretendemos limitar a ilicitude apenas aos delitos como espécie de fatos ilícitos *lato sensu*<sup>57</sup>. Na lição de Marcos Bernardes de Mello, a previsão do art. 186<sup>58</sup> do CC/02 não está se referindo sobre o ato ilícito *lato sensu*, mas apenas à espécie, qual seja, o ato ilícito *stricto sensu*. A razão do art. 186 do CC/02 é a necessidade de cobertura total das espécies de violação de direitos que resultem em danos, pois não cabe ao legislador impor ao Código todas as possibilidades legais que permitam regular e definir as hipóteses de deveres e direitos lesados. Por essa razão, Mello critica a limitação das classificações dos atos ilícitos apenas como os delitos (*strictu sensu* ou *ato ilícito absoluto*), porquanto não é possível conceber que a ilicitude estaria relacionada apenas à conduta humana voluntária, ou que o comportamento tipificante da ilicitude transgrediria norma legal direta e imediata, o que implicaria na violação de um dever genérico de conduta e definiria o cerne do ato ilícito como o dano a terceiro, gerando a obrigação de indenizar<sup>59</sup>.

O fundamento sistemático de Mello diferencia os atos ilícitos *stricto sensu* (art. 186 do CC/02), dos atos ilícitos relativos. Para tanto, será preciso verificar qual é a natureza do dever descumprido. para alcançar sua classificação. No caso entre A (agente que praticou o ilícito) e B (vítima) se não existe relação jurídica preexistente, possivelmente estaremos diante do ato ilícito absoluto. Por outro lado, se entre o agente e a vítima existe relação jurídica de direito relativo (negócio jurídico) estaremos diante de um ilícito relativo. Esse critério de classificação permite a divisão dos fatos *lato sensu* ilícitos absolutos e relativos e para a sua identificação será imperiosa a análise do dever jurídico descumprido. Assim sendo, mais uma vez reforçamos que essa análise é de extrema importância em nossa busca por encontrar os deveres que orbitam as relações entre o

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 416.

<sup>57</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 237.

<sup>58</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

<sup>59</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Op cit*, p. 235.

usuário e a aplicação de internet para a posterior adequação do sistema de responsabilidade civil correto à espécie.

Desse modo, Mello conceitua o ato ilícito *lato sensu* como: “toda ação ou omissão voluntária, culposa ou não, conforme a espécie, praticada por pessoa imputável que, aplicando infração de dever absoluto ou relativo, viole direito ou cause prejuízo a outrem”<sup>60</sup>. Como visto, o ato ilícito *lato sensu* poderá existir diante de uma conduta positiva ou negativa, cabível a análise ao caso concreto (art. 186 CC/02). Em contrapartida, o ato ilícito relativo consistirá na violação (possivelmente, mas não necessariamente culposa) de direitos, pretensões e ações advindas de negócio jurídico ou ato jurídico *strictu sensu*. Assim sendo, o ilícito relativo estará presente na mora, no adimplemento ruim da obrigação ou na impossibilidade, culposa, da prestação da obrigação<sup>61</sup>.

Karl Larenz divide o ato ilícito em três elementos: ação, antijuridicidade e culpabilidade. A ação será toda atividade humana voluntária que será possível imputar-lhe: “concebido como controlable por la voluntad a la cual se imputa el echo”<sup>62</sup>. Na lição de Larenz, a vontade do agente expande e encontra sua definição na capacidade de controlar uma ação: “*Sin embargo, el agente ha de responder jurídicamente también de aquellas consecuencias de su actuación relacionadas con sus acciones que no ha previsto y aun las que no ha querido, pero con las cuales, según la previsión humana, debió contar y que, por elle, han de considerarse como controlables por él*”<sup>63</sup>.

Nesse sentido, se entre a relação do usuário e a aplicação de internet existir para a segunda um dever de cuidado com os dados pessoais do primeiro, a sua omissão concretizará o ato ilícito. Do mesmo modo, se entre o usuário e a aplicação existir relação contratual eletrônica, e desta relação se estipular o dever de preservação da segurança digital do seu ambiente eletrônico o seu não cumprimento ou adimplemento insatisfatório também dará ensejo ao ato ilícito relativo. Com efeito, e de grande importância para nós, a omissão resguarda no seu descumprimento a razão para a ilicitude do ato. Aquele que tinha o dever de ação e não o fez, incorre em omissão e constitui o ilícito.

Inobstante as linhas gerais da culpa, que se funda no sistema da responsabilidade civil subjetiva, nem todo ato ilícito dependerá da sua existência. Ainda que a culpa vincule a atividade humana ao evento danoso, poderá não existir qualquer ato culposos daquele que promoveu o resultado danoso. Em decorrência da superação do filtro da culpa como paradigma para a solução dos casos de responsabilidade civil, a doutrina buscou adotar opções que levassem o agente à

---

<sup>60</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>62</sup> LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. v. 2. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1958-1959. p. 564.

<sup>63</sup> *Ibidem*, *loc cit.*

obrigação de indenizar sem a sua configuração. Nasceu, portanto, a responsabilidade civil objetiva de que trataremos posteriormente em tópico apartado. Por enquanto, nos resguardamos a construir as linhas gerais da teoria da responsabilidade civil para encontrar as fontes dos deveres e os modelos de responsabilidades aplicáveis ao caso.

Assim sendo, ao passo em que constituir-se o ato ilícito *stricto* ou *lato sensu*, haverá o dever de indenizar. Como vimos, o que configura ambos será o descumprimento de um dever jurídico originário da norma ou do contrato. Nesse diapasão, a lição de Álvaro Villaça de Azevedo: “*A responsabilidade civil, que diferencio da obrigação, surge em face do descumprimento obrigacional. Realmente, ou o devedor deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta sua vida*”<sup>64</sup>. Em outras palavras, ao não atender o dever jurídico incorre o agente em um segundo dever jurídico, que Cavalieri conceitua como dever jurídico sucessivo<sup>65</sup>: “A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”. O dever jurídico sucessivo na responsabilidade civil será aquele que determinará a reparação do dano, pois um dever jurídico absoluto ou relativo foi descumprido e gerou dano a outrem. Vejamos, como a fonte da contraprestação de *responder, indenizar* ou *recompor* será, sempre, a não observância de um dever jurídico somada à existência de dano. A qualificação das fontes da responsabilidade permite distinguir a sua diferença quanto à obrigação.

Nesse diapasão, a obrigação será um dever jurídico originário, ao passo em que a responsabilidade civil será um dever jurídico sucessivo que decorre da violação do primeiro<sup>66</sup>. O que se estabelece no Código Civil pelo art. 389 é a nítida diferença ente os institutos: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Da inexecução da obrigação originária (dever relativo do negócio jurídico com origem na vontade) emerge uma nova obrigação que consiste em reparar o dano. Por essa razão, é possível aduzir que a responsabilidade civil também será fonte de obrigação: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Em virtude disso, o que gera a obrigação de indenizar não é o descumprimento da obrigação contratual, pois neste a obrigação é substituída por uma nova, qual seja, a de indenizar. Consequentemente, a obrigação contratual encontra razão de ser na vontade e a de indenizar na ilicitude.

---

<sup>64</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. **Revista dos Tribunais**, v. 698, 1993. p. 7.

<sup>65</sup> CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

<sup>66</sup> *Ibidem*, *loc cit.*

Por conseguinte, a responsabilização do agente estará resguardada pela ilicitude do seu ato, pois a lei impõe a obrigação de reparar para alcançar a restauração dos direitos do lesado. Assim, a responsabilidade será a substituição da obrigação principal por uma nova e que, eventualmente, seguirá a natureza daquela. Nesse sentido, Francesco Galgano leciona que a obrigação de ressarcir o dano será, em regra, uma obrigação de pagamento de uma soma que corresponda ao equivalente monetário do dano ocasionado<sup>67</sup>. Com efeito, o autor esclarece que a estrutura do ato ilícito será configurada por elementos objetivos: o fato, dano injusto, e a causalidade. Outrossim, também compõem a estrutura do ato ilícito os elementos subjetivos, quais sejam: o dolo ou a culpa.

Desse modo, na esteira de Francesco Galgano, o fato será o comportamento humano, comissivo ou omissivo. A noção de dano injusto, corresponde à lesão de um interesse de outrem que estava devidamente protegida pelo ordenamento jurídico. Não basta para a caracterização do dano injusto que este interesse seja apenas de foro íntimo da pessoa - sem repercussão jurídica. Nesse diapasão, a doutrina de Francesco Galgano leciona sobre a cláusula geral de ressarcibilidade advinda de um dano qualificado<sup>68</sup>. Por essa razão, se faz imperiosa a noção de injustiça do dano. Assim, o autor exemplifica a noção de injustiça do dano através dos seguintes exemplos. O primeiro seria quando ocorre a lesão a um direito de personalidade, o segundo quando ocorre lesão ao direito de integridade física e o terceiro corresponde ao dano à saúde de outrem. Também configura dano injusto, o dano à propriedade. Por tudo, o requisito da injustiça do dano não se aplica aos restritos exemplos supracitados<sup>69</sup>.

A bifurcação da responsabilidade civil é explicável pela origem do dever que obriga o agente ofensor. O dever juridicamente tutelável é aquele que une as pessoas na sociedade. Consequentemente, a obrigação como instituto jurídico é o liame que une pessoas através de prestações recíprocas. Em cada pólo se estabelece um agente: devedor e credor. Assim, o que nasce em comum acordo vincula às partes de tal sorte que a sanção aplicável pelo seu descumprimento será a responsabilidade civil por inadimplemento contratual. Em contrapartida, a responsabilidade delitual advém com o desrespeito dos deveres legais impostos à sociedade. Henri e León Mazeaud abordam a teoria da responsabilidade civil através da unificação dos dois ramos, pois encontram no vetor moral do instituto o liame que vincula às espécies<sup>70</sup>. Na lição dos autores, a culpa não pressupõe a existência de dever ou obrigação: a culpa seria o erro de conduta que não é cometido por pessoa consciente colocada nas mesmas circunstâncias externas do autor do dano.

---

<sup>67</sup> GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Padova: CEDAM, 1981. p. 332.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>69</sup> *Ibidem*, *loc cit.*

<sup>70</sup> MAZEAUD, Henri; Leon. **Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle**. Tomo I. 4. ed. Paris: Lib. Sirey, 1947. p. 420-422

Assim sendo, podemos antever que a responsabilidade civil tem origem no descumprimento de um dever jurídico. Aquele que descumpre, estará deixando de observar os deveres jurídicos do contrato ou da norma. Será em decorrência da qualidade desse dever jurídico que o sistema da responsabilidade civil se divide em dois grandes ramos: o da responsabilidade contratual e o da responsabilidade extracontratual. Em razão disso, Álvaro Villaça Azevedo preceitua que: “A responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano”<sup>71</sup>, pois ambos sistemas levam ao mesmo resultado. Savatier, leciona que a responsabilidade civil é uma obrigação que pode ser realizada por uma pessoa levando-a a reparar os danos causados a outra por seu ato, ou por causa de pessoa’ ou coisas a ela subordinadas<sup>72</sup>.

Originalmente, a responsabilidade civil do direito romano se fundou no sentido de vingança privada, que corresponde à forma primitiva de reação humana em face de um mal sofrido. Esse sentimento indissociável da natureza humana fundou a pena de Talião que se encontrava nas Lei das XII Tábuas. Nessa perspectiva, o lesado poderia receber um resgate do ofensor (poena) que seria uma quantia em dinheiro ou objetos. Assim, Alvino Lima leciona: “Substituiu-se a vingança privada pela composição obrigatória”<sup>73</sup>.

A responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana se originou na *Lex Aquilia de damno* no tribuno Aquilius (do Século III a.C). No Direito Romano, se estabeleceu o modelo de responsabilidade civil que determinava a reparação do dano com fulcro na culpa e através de um valor pecuniário. A *Lex Aquilia* foi promulgada como plebiscito, ao passo em que foi rogada à plebe<sup>74</sup>. A culpa como pilar da responsabilidade civil aquiliana possui significado bastante amplo, sendo grande referencial para o desenvolvimento da teoria geral da responsabilidade civil que temos.

A lei de Aquília era composta por três capítulos. O primeiro versava sobre a morte dos escravos ou dos quadrúpedes da espécie dos que pastam em rebanho; o segundo tratava sobre o dano causador por um credor acessório ao principal que faz abatimento da dívida com prejuízo do primeiro; no terceiro, o dano por ferimento causado aos escravos e animais visados no primeiro capítulo e a destruição ou deterioração de todas as outras coisas corpóreas. Contudo, é no último capítulo que figura a parte mais importante da lei. Esse, por sua vez, trata do *dammum injuria dattum*, constitui a destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido a coisa *corpore et corpori*. Em um primeiro momento, este direito era concedido apenas aos

---

<sup>71</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e da responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 243.

<sup>72</sup> SAVATIER, Rene. **Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural**. v. 1. Paris: Droit et Jurisprudence, 1951. p. 1.

<sup>73</sup> LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1938. p. 10.

<sup>74</sup> FRANÇA, R. Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. **Revista dos Tribunais**, v. 577, nov. 1983. p. 12-13.

proprietários das coisas lesadas e mais tarde, foi concedido aos titulares de direitos reais e aos possuidores. De todo modo, a grande contribuição da Lei Aquília foi a substituição das penas fixas pela reparação pecuniária.

Na doutrina de Savatier, a culpa é a violação intencional ou não de dever que o agente tinha na relação com o dano, o qual o vincula através da possibilidade de imputar-lhe o dever de reparar: “*La faute est la violation, intentionnelle ou non, d’un devoir que l’agent avait la possibilité de connaître et d’observer. Deux éléments sont donc nécessaires à la faute: 1<sup>a</sup> la violation d’un devoir (car le chasseur avait le devoir de ne pas blesser autrui); 2<sup>o</sup> l’imputabilité, c’est-à-dire la possibilité de connaître et d’observer ce devoir (c’est cette possibilité qui a fait l’imprudence du chasseur)*”<sup>75</sup>. Segundo o autor, divide-se o dever em duas categorias: o dever contratual e o dever moral. Quanto ao primeiro, corresponde a ideia de responsabilidade contratual clássica e ao segundo os deveres estritamente morais (“*c’est la morale, non la loi, qui en fait alors une faute*”<sup>76</sup>).

Entretanto, a diferença entre as duas hipóteses versa na consequência danosa em que um dever moral violado sujeita alguém. Nesse diapasão, em um sentido geral, Savatier destaca que a própria inobservância da lei corresponderá a um dever moral não observado, pois é moralmente devido o cumprimento da lei<sup>77</sup>. Da mesma forma, qualquer falha moral, prejudicial para os outros, será a violação de um dever jurídico, uma vez que assume a responsabilidade. Entretanto, isso não quer dizer que qualquer má conduta implique em uma falha moral, uma vez que requer a violação de um dever jurídico, enquanto a culpa legal pode ser um simples descuido ou negligência<sup>78</sup>. Nessa linha, preconiza-se o tradicional entendimento de que para auferir se um sujeito incorreu em culpa, basta comparar sua conduta à de um “homem diligente”. Nesse diapasão, a lição de Mazeaud, Mazeaud e Tunc: “Há culpa quando um erro de conduta não teria sido cometido por uma pessoa avisada (prudente e diligente) colocada nas mesmas circunstâncias “externas” do autor do dano”<sup>79</sup>. Savatier critica esse critério, e refere que dessa forma se ignora completamente o critério moral da culpa<sup>80</sup>.

Esse significado traduzia-se pela lógica bem demonstrada por Rubens Limongi França, que ao tratar da culpa ensina: “Se culpa é o ato ou omissão que gera o dano, responsabilidade pode ser entendida como a consequência da culpa atinente ao dever do culpado de pagar o prejuízo”<sup>81</sup>. Assim

---

<sup>75</sup> SAVATIER, Rene. **Cours de droit civil**. v. 3. Paris: Droit et Jurisprudence, 1947. p. 114.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>77</sup> Assim leciona o autor: “*Au sens large, toute faute suppose même la violation d’un devoir moral, puisqu’on a, moralement, le devoir d’observer les lois, les contracts, et de ne pas nuire à autrui en dehors d’une fait justificatif.*” SAVATIER, Rene. *Op cit.*, p. 120.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>79</sup> MAZEAUD, Henri; MAZEAUD. **Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile**. v. I/493. 5. ed., n. 439. p. 425.

<sup>80</sup> SAVATIER, Rene. **Cours de droit civil**. v. 3. Paris: Droit et Jurisprudence, 1947. p. 121.

<sup>81</sup> FRANÇA, R. Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. **Revista dos Tribunais**, v. 577, nov. 1983. p. 10.



sendo, a culpa é o primeiro elemento subjetivo a dar verdade ou legitimidade à obrigação reparatória. A proximidade da culpa com a moral e a ética é muito grande, pois sob essa perspectiva não seria possível condenar alguém a indenizar sem o devido sendo de *culpa* deste agente, ou seja “um comportamento ilícito imputável ao seu autor”<sup>82</sup>. A contrário senso, não seria possível impor à vítima o ônus de suportar sozinha o dano que sofrera.

Desse entendimento é que se desenvolve a análise da conduta abstrata do agente. É dizer, as circunstâncias internas da sua individualidade não interessam, pois o que se busca é a apreciação das circunstâncias externas e objetivas. Com isso, explica-se a responsabilidade civil imputável ao menor, que Orlando Gomes leciona da seguinte forma: "Para alguém cometer ato ilícito precisa ter discernimento, e, para responder pela reparação civil, ter praticado ato culposo"<sup>83</sup>. Álvaro Villaça Azevedo esclarece: “Para que se configure a culpa, genericamente considerada, indaga-se se o sujeito, autor do dano, agiu dolos ou culposamente (negligentemente); prende-se esta indagação, diretamente, ao sujeito, daí ser conhecida pela doutrina por subjetiva a responsabilidade extracontratual, que resulte de uma ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa”<sup>84</sup>. Assim, na doutrina de Francesco Galgano, a culpa seria a não observância de diligência, de prudência e de perícia<sup>85</sup>. Nesse sentido, o autor exemplifica o comportamento negligente através da atitude de um jornalista que divulga uma difamatória sem se preocupar com a sua veracidade, a conduta imprudente seria o manuseio de uma arma sem ter aptidão e a imperícia. Daí o autor exemplifica como o caso do engenheiro que constrói uma ponte através de um cálculo errado, matando aqueles que ali passavam: “*l’ingegnere sbaglia per impreparazione, il calcolo del cemento armato e il ponte da lui costruito crolla, provocando la morte dei passanti*”<sup>86</sup>.

Entretanto, a dicotomia dos modelos de responsabilidade é criticada por importantes doutrinadores, como é o caso de Orlando Gomes que defendeu a teoria da unidade de responsabilidade civil. Na visão do autor, a expressão “responsabilidade civil extracontratual” seria imprópria, pois considerando que o dano ressarcível resulta da violação de um direito subjetivo da vítima, e por essa razão não se faz importante a sua origem ou fonte contratual. Esse fenômeno encontrou guarida no Código Civil de 2002, tendo em vista a separação do inadimplemento de uma obrigação e os efeitos da responsabilidade civil. Nessa perspectiva, se destaca a importante contribuição de Orlando Gomes ao tema da responsabilidade civil, que criticou a teoria tradicional da responsabilidade, limitando-se a fundamentar a existência ou não de culpa no caso concreto.

---

<sup>82</sup> PORTO, Mário Moacyr. O caso da culpa como fundamento da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 617, mar. 1987. p. 20.

<sup>83</sup> GOMES, Orlando. **Obrigações**. 6. ed. n. 205, p. 356.

<sup>84</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. **Revista dos Tribunais**, v. 698, 1993. p. 8.

<sup>85</sup> GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. Padova: CEDAM, 1981. p. 338.

<sup>86</sup> *Ibidem*, loc cit.

Com isso, a visão do Professor foi atendida e a responsabilidade civil do CC/02 passou a não fundamentar-se tão somente pela culpa, mas também pelo risco. No sistema brasileiro, há uma mutação da responsabilidade contratual e extracontratual, pois sua divisão não é total. Isso porque, as regras aplicáveis à responsabilidade contratual também serão para a extracontratual (arts. 393, 402 e 403 do CC/02).

Com efeito, Alvino Lima leciona que os requisitos que integram a responsabilidade subjetiva são: o ato ou omissão violadora do direito de outrem; o dano produzido por este ato; a relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano; a culpa. Nesse diapasão, o autor ressalva a preocupação com o conceito de culpa, em virtude da sua desuniformidade. Nesse sentido, sobre as divergências no conceito subjetivo que integra o dever de indenizar, Alvino Lima leciona que o conceito de culpa ultrapassa os limites do seu sentido técnico<sup>87</sup>. Destarte, em um sentido amplo, a culpa seria a lesão imputável do direito de terceiro ou qualquer fato ou violação de um dever jurídico. No sentido estrito, a culpa será um erro de conduta, um desvio da normalidade no agir ou abster-se.

Inobstante as reconhecidas e citadas divergências quanto aos modelos da responsabilidade civil, certo é que a responsabilidade civil que se funda no descumprimento do direito subjetivo de outrem corresponde a uma relação obrigacional descumprida, pois dessa forma preceitua a noção de sanção civil como obrigação de ressarcimento em face de ato ilícito. O fato gerador de indenizar será a contrariedade ao direito, pois este atingiu “interesse protegido por norma jurídica”<sup>88</sup>. Assim sendo, o interesse puramente individual sem reflexo jurídico não desencadeará o dever de ressarcir, mas tão somente o interesse jurídico. Contudo, Orlando Gomes destaca que: “Na relação obrigacional, assim constituída, o agente é devedor e a vítima, credor, tal como se entre os dois houvesse contrato”<sup>89</sup>. Porém, o Professor alerta que a semelhança dessa relação com o instituto contratual é aparente, pois a obrigação daquele que indeniza não se funda na sua autonomia da vontade. Esse é o cenário da sanção civil, que em seu cerne revela como se uma relação obrigacional fosse. Nesse diapasão, sendo ilícito o ato praticado, revela-se ao agente a obrigação de indenizar a vítima.

O caminho do desenvolvimento do sistema de responsabilidade civil contemporâneo, generalizou-se com o advento da Lex Aquilia, que se baseava na responsabilização do agente o qual, sem direito, gerasse dano à propriedade de terceiro. Com as mudanças sociais da época, expandiu-se essa possibilidade para basear-se não somente no dano à propriedade, mas de forma

---

<sup>87</sup> LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 1938. p. 31.

<sup>88</sup> AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. O fundamento da responsabilidade civil extracontratual. **Revista de Direito Privado**. v. 1. n. 1. São Paulo: RT, jan.-mar. 2000. p. 153.

<sup>89</sup> ORLANDO, Gomes. **Responsabilidade civil**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 58.

igual para a noção de *corpori*. A configuração da teoria geral da responsabilidade civil, que permite a miscelânea de interpretações na atualidade, surgiu com o Código de Napoleão, onde no artigo 1382 determinou-se a fundação da sua norma jurídica: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”. Ao lecionar sobre o instituto positivado no art. 1382 do Código de Napoleão, Georges Ripert e Jean Boulanger no tratado elementar de direito civil de Planiol, lecionam que a imposição legal que determina a reparação de um dano implica na existência de uma “*règle générale qui prescrit à tout homme de ne pas commettre de faute*”<sup>90</sup>. Assim, a importância do referido dispositivo destaca-se pela formação de um princípio geral de responsabilidade civil. Nesse diapasão, a teoria da responsabilidade civil do direito brasileiro é, na lição de Antonio de Junqueira Azevedo, totalmente derivada do Código de Napoleão<sup>91</sup>.

Sobre essa perspectiva, emerge a indispensabilidade da configuração da culpa como *mot vedette* do dever de indenizar. Com essas justificativas é que Orlando Gomes definiu que é a lei a fonte geradora da obrigação de indenizar, quando observados os preceitos legais como a origem imediata da obrigação. Nesse sentido, será a lei uma das principais fontes de obrigação de indenizar, pois o fato danoso se configurará como ato ilícito. A contrapartida com o inadimplemento é que este importa na violação do dever jurídico contratualmente expressado, sendo que esta não atingiria a configuração do ato ilícito. O inadimplemento só deverá gerar ato ilícito quando violar um direito subjetivo da parte prejudicada, pois causará, então, dano. Nesse diapasão, o ato ilícito seria a lesão de um direito absoluto *erga omnes*. Por essa razão, é que a lesão dos valores fundamentais da personalidade humana gera o dever de indenizar.

Assim, na responsabilidade civil que se funda na culpa preceitua-se a inexorável necessidade de sua existência para o conseqüente ato ilícito, como a ação ou a omissão culposa que venha a gerar o direito subjetivo de terceiro<sup>92</sup>. Em razão disso, temos a culpa como o elemento subjetivo do ato ilícito e o dano como o elemento objetivo. Desse modo, a teoria geral da responsabilidade civil preceitua a configuração de ambos, acrescidos da relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente que é determinada como o nexos causal. Por essas considerações, surgem os primeiros filtros da teoria geral da responsabilidade civil e que, em um primeiro momento, serviram como contenção ao desenfreio afã de impor o dever de indenizar na sociedade moderna. Entretanto, mesmo que se mitigue a necessidade de culpa para a configuração do ato

---

<sup>90</sup> RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil de Planiol**. v. 2. Paris: Droit et Jurisprudence, 1952. p. 309.

<sup>91</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, v. 89. 1994. p. 193.

<sup>92</sup> Homero Freire leciona que a pretensão surge posteriormente o direito subjetivo. A contrario sensu, quando violado o direito subjetivo de alguém este terá para si um novo direito: o da pretensão. FREIRE, Homero. Da pretensão ao direito subjetivo. **Revista dos Tribunais**. v. 346. p. 30.

ilícito, a modificação dos fundamentos da responsabilidade civil não abalaria as estruturas conceituais do ato ilícito.

De todo modo, o vocábulo da culpa ainda é amplamente utilizado de modo que a sua importância não pode ser reduzida em face dos novos danos da sociedade moderna. Consiste, na visão de Orlando Gomes, como o elemento contido no ato ilícito e que representa o liame entre a conduta do agente através de uma ação ou omissão danosa<sup>93</sup>. Na lição de Ghersi, a culpa ou culpabilidade é “*una adjetivación dirigida a calificar la attitude de desatención e descuido, de las diligencias en el actuar (como resultado de la atividade humana sobre la sustancia)*”<sup>94</sup>. Em razão do cerne do direito como balizador do comportamento humano, a culpa estaria intrínseca às condições do sujeito e representa um “desrespeito” à ordem jurídica<sup>95</sup>. É o conceito que Orlando Gomes utiliza e determina como “clássico” e que mantém sua estrutura, ainda que sua utilização se transforme, pois a culpa é o elemento que qualifica a violação legal.

Como visto, a teoria da unidade de responsabilidade civil pode dividi-la em responsabilidade contratual e extracontratual ou delitual. Em ambas, quem impõe ao agente que promoveu o dano a obrigação de indenizar é a lei, o que permite, na visão de Orlando Gomes, a dispensa dessa dicotomia. O que se diferencia entre a responsabilidade contratual e a extracontratual são os fundamentos, as origens e, principalmente, o ônus da prova. Desse modo, para que se origine o dever de ressarcimento pelo dano, a fonte danosa será o contrato. Por essas razões, Orlando Gomes já advogava para um equívoco no movimento jurídico que defendia a ideia da responsabilidade objetiva, que trabalharemos em momento posterior. Na visão do autor, a ideia de responsabilidade ancorava o jurista no comportamento culposos para a necessidade de responsabilização, o que se fazia desnecessário e ultrapassado em face da sociedade moderna<sup>96</sup>.

Marcel Planiol distingue a culpa contratual da culpa delitual. Nesse diapasão, o doutrinador ensina que a culpa contratual é aquela que decorre da execução de um contrato: “*la faute contractuelle supposerait la préexistence d'une obligation*”<sup>97</sup>. Em contraste, a culpa delitual é aquela cuja obrigação violada decorre da lei, correspondendo, geralmente, a um ato de abstenção. Isso é, aquele que deveria se abster de fazer e o faz, incorre em culpa. Consequentemente, um dos efeitos da culpa é a obrigação de indenizar a vítima: “*Quand a faute est dommageable, elle produit à la charge de son auteur une obligation d'indemniser la victime. Cette obligation de payer des dommages-intérêts est, en matière civile la sanction nécessaire de toutes les obligations légales, aussi bien que de toutes les obligations conventionnelles. La faute est donc un fait productif*

---

<sup>93</sup> ORLANDO, Gomes. **Responsabilidade civil**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 58.

<sup>94</sup> GHERSI, Carlos Alberto. **Reparación de daños**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1989. p. 167.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 168 e 159.

<sup>96</sup> ORLANDO, Gomes. **Responsabilidade civil**. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 85.

<sup>97</sup> PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. Tomo II. Paris: Droit et Jurisprudence, 1907. p. 285.

*d'obligations nouvelles*”<sup>98</sup>. Nesse caso, existe diferença da obrigação que decorre da culpa e a obrigação assumida anteriormente ao evento danoso: “*L'obligation née de la faute a pour objet la réparation du dommage causé. Cette obligation est entièrement distincte de l'obligation antérieure dont la faute a été la violation, elle n'a pas le même objet*”. Sendo assim, a obrigação primitiva decorrerá de um vínculo do contrato e a posterior do evento danoso.

O modelo da responsabilidade contratual representa parte da evolução da responsabilidade subjetiva, em razão dos percalços que as vítimas tinham para demonstrar a culpa do agente. Assim, a responsabilidade contratual surgiu como uma força cinética para equilibrar a tutela reparatória com fulcro na vítima. Nesse modelo, existe um vínculo preexistente entre a vítima e o agente causador do dano que configura de forma bastante clara os deveres jurídicos específicos à espécie. Cavalieri Filho pondera que existem nítidas diferenças entre a responsabilidade contratual e a extracontratual: “Na responsabilidade contratual, como já destacado, o dever jurídico violado pelo devedor tem por fonte a própria vontade dos indivíduos. São eles que criam, para si, voluntariamente, certos deveres jurídicos”<sup>99</sup>. A responsabilidade contratual versa sobre a observância da lei formada entre as partes através do instrumento. Ao passo em que duas partes contratam, os termos que compõe o instrumento faz lei entre estas. Assim, o descumprimento contratual resulta na responsabilidade civil contratual. Isso porque, aquele que transgride o contrato (inadimplemento ou ilícito contratual) incorre no ilícito contratual, onde os deveres jurídicos possuem como fonte o próprio instrumento. O contrato configura um vínculo jurídico entre os contratantes, determinando uma relação jurídica preexistente entre as partes. As origens da responsabilidade contratual datam à época da Lei das XII Tábuas, cerca de 450 a.C., onde figurava a possibilidade da execução pessoal do devedor em face do inadimplemento, mas que se findou com o advento da Lex Poetelia Papiria (século IV a.C.). Com o surgimento da referida lei, devolveu-se o entendimento da proibição de execução pessoal do devedor. Nesse momento, o direito se expandiu e assentou o princípio da responsabilização do patrimônio do devedor e não da sua pessoa, que atualmente está insculpido no art. 942, *caput*, do CC/02<sup>100</sup>.

Com isso, o paradigma da responsabilidade civil contratual que temos atualmente representa as transformações doutrinárias que ocuparam lugar destacado nas doutrinas da responsabilidade civil no século XX<sup>101</sup>. O fenômeno da revolução industrial pautou a doutrina da responsabilidade

---

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 293.

<sup>99</sup> CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

<sup>100</sup> Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

<sup>101</sup> Essa é a lição de Arnoldo Wald: “É preciso salientar que a influência francesa decorreu menos dos textos específicos do Código Napoleão do que da jurisprudência e da doutrina francesa, que adaptaram a lei às novas necessidades decorrentes da Revolução Industrial. Dizem os autores franceses que o Código só conseguiu sobreviver duzentos anos pelo fato de ter evoluído na prática, mediante uma jurisprudência construtiva que, sem abandonar a letra da lei, deu-lhe

civil e a sua interpretação pelos tribunais, o que proporcionou intenso debate. Assim, a vertente da solidariedade social encontrou guarida no cotidiano dos tribunais franceses refletindo na doutrina diversas combinações de ideias que, na lição de Arnaldo Wald representa “um campo imenso onde dominas ainda a anarquia fecunda das grandes terras”<sup>102</sup>.

Com efeito, a responsabilidade contratual emana da quebra do vínculo formado pela autonomia da privada. Por conseguinte, a resposta do direito para este fenômeno buscará sancionar a superação da autonomia privada pela ilicitude. A contrário senso, caso o direito não responda ao ilícito contratual, ocorrerá uma desmoralização do instituto da autonomia privada<sup>103</sup>. Ao abordar a responsabilidade contratual no estudo comparativo entre a responsabilidade civil na lei brasileira e lei portuguesa, Mário Frota esclarece: “Nela se encaixa a *mora*, o cumprimento defeituoso e o incumprimento das obrigações a que se acha adstrito o devedor”<sup>104</sup>. No mesmo diapasão, Daniel Ustárroz leciona: “O inadimplemento da obrigação ocasiona danos aos participantes. Nesse particular, surge a responsabilidade civil contratual para regular em que medida será criado o dever de uma parte indenizar a outra”<sup>105</sup>. Outrossim, esse é o entendimento de Gustavo Tepedino “Como se sabe, o inadimplemento contratual enseja para a vítima a pretensão de reparação pelos prejuízos causados pelo infrator que deve, por isso mesmo, ser civilmente responsabilizado. Cuida-se de responsabilidade contratual”<sup>106</sup>.

O modelo adotado pela responsabilidade civil contratual é o que representa a origem liberal do instituto do contrato, que foi adotado no Código Civil de 2002. Assim, a teoria contratual voluntarista impõe que a lei atue, na doutrina de Luciano Timm, como “a regra do jogo do sistema capitalista, oferecendo segurança e confiança dos agentes econômicos (os contornos dentro dos quais poder haver leciona um embate de interesses em prol do desenvolvimento das riquezas e da

---

nova interpretação. Pelo Código, mas além do Código (*par le Code mais au dela du Code*) foi a diretriz que, durante muitos anos, os tribunais franceses aplicaram com a finalidade de manter o seu direito em condições de dar soluções adequadas, eficientes e equitativas aos conflitos de interesse.” WALT, Arnaldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 845, mar. 2006. p. 81.

<sup>102</sup> WALT, Arnaldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 845, mar. 2006. p. 81 e ss.

<sup>103</sup> Nesse sentido Rodrigo Xavier Leonardo: “Não seria exagero dizer que, sem a responsabilidade contratual, uma das pré-condições para a fundação do modelo sócio-econômico liberal seria fragilizada: só teria sentido conferir poder *de autonomia contratual* para assegurar o trânsito de riquezas se houvesse uma correlata responsabilização por eventual descumprimento.” LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual. **Revista de Direito Privado**, v. 19, jul. 2004. p. 260.

<sup>104</sup> FROTA, Mário. Estudo contrastivo da responsabilidade civil nos códigos civis do Brasil e de Portugal. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 53, jan. 2005. p. 151.

<sup>105</sup> USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade contratual**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 181.

<sup>106</sup> TEPEDINO, Gustavo. Prescrição e direito intertemporal na responsabilidade contratual. **Soluções Práticas - Tepedino**. v. 1. São Paulo: RT, nov. 2011. p. 593.

sociedade)»<sup>107</sup>. Daí porque este modelo, surge a construção do Código baseado em três pilares: a liberdade contratual e de testar, a propriedade absoluta e a responsabilidade civil subjetiva.

Por conseguinte, a responsabilidade civil contratual baliza e recompõe o direito formado através de uma avença, por isso se destaca a importância da autonomia privada como importante vetor a ser considerado em caso de inadimplemento. Luiz Edson Fachin, ao abordar o tema em parecer, discorre sobre a responsabilidade contratual e a autonomia privada:

“A responsabilidade contratual, ao contrário da responsabilidade aquiliana por ato ilícito, pode se subordinar ao princípio da autonomia privada, não sendo possível afirmar que, em toda e qualquer situação, estaria a responsabilidade contratual diretamente sujeita a normas de ordem pública. Isso não significa dizer que normas de ordem pública não possam, em dados casos, impor responsabilidade contratual, como, por exemplo, quando se caracterize relação entre fornecedor e consumidor final. O que se está a afirmar é que, quando não houver regra especial ou sujeição a regime jurídico que pressuponha vulnerabilidade de um dos contratantes, a responsabilidade contratual se inserirá entre as matérias que podem ser objeto de livre disposição pela vontade das partes contratantes.”<sup>108</sup>

Entretanto, Luiz Edson Fachin compõe que a responsabilidade contratual dependerá de quatro elementos fundamentais para a sua configuração:

“(a) ato de violação da avença; (b) culpa pela violação; (c) dano; (d) nexó de causalidade entre o dano e a conduta culposa. Quanto aos dois primeiros requisitos, embora sua caracterização reste afastada pelo exposto anteriormente, há que se presumir, para efeito de análise hipotética, que restariam demonstrados. Cabe, por consequência, perquirir se há danos indenizáveis e nexó de causalidade. Os danos indenizáveis, nos termos do art. 402 do CC/2002 brasileiro, são, como regra, os danos emergentes e os lucros cessantes”<sup>109</sup>.

Portanto, no estudo da responsabilidade civil se faz importante o ensinamento categórico do Prof. Albertino Daniel de Melo, publicado originalmente em 1978<sup>110</sup>, mas que guarda a ótica que tentamos imprimir ao presente capítulo:

“O ser alguém lesado em sua pessoa ou em seu patrimônio é objeto de cogitações em Direito, em qualquer sistema jurídico, hoje, mais do que em outros tempos. Procura-se não só estabelecer uma disciplina reparatória, abrangendo a apuração da causalidade danosa, o quantum da lesão, a garantia de reparação, mas também equacionar um fundamento para essa reparação. Define-se uma obrigação reparatória, e igualmente, uma fase pré-obrigacional, um vínculo de expectativa a se desenvolver num processo, até que se converta em obrigação, ou se extinga por impossibilidade de subsistir. Sobretudo a esse vínculo pré-obrigacional se dá o nome de responsabilidade civil.

Qual seja o fundamento real que se reconheça à responsabilidade civil, recomenda a localização da matéria numa parte geral do direito codificado – nos sistemas que adotam a técnica de parte geral – ou somente no setor especial das obrigações. Aqui, é realçado o aspecto patrimonial, reparatório, da responsabilidade civil: – a um dano causado injustamente corresponde uma obrigação de reparar, pela sua

---

<sup>107</sup> TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 55, jul. 2005. p. 149.

<sup>108</sup> FACHIN, Luiz Edson. A responsabilidade civil contratual e a interpretação da cláusula de não indenizar. **Soluções Práticas - Fachin**. v. 1. São Paulo: RT, jan. 2012. p. 301.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 277-297.

<sup>110</sup> MELO, Albertino Daniel de. Estudo sobre o fundamento da responsabilidade civil. **Revista de Direito Civil**, v. 6. n. 93, out-dez. 1978.

simples qualificação de injusto; mesmo que se trate de dano moral, admite-se-lhe uma reparabilidade econômica, a título de compensação”<sup>111</sup>.

Por tudo, o direito brasileiro, com o Código Civil de 2002, optou pela adoção da cláusula geral de responsabilidade objetiva, demonstrada em seu art. 927, parágrafo único, que preceitua: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Em contrapartida, o *caput* do art. 927 estabelece a cláusula geral de responsabilidade subjetiva: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Por isso, diz-se que o Código Civil de 2002 é objetivista, pois a exemplo do art. 927, parágrafo único, proporcionou que se aplique o sistema da responsabilidade objetiva para outros casos não previstos estritamente em lei, quais sejam as atividades que possam promover risco a direito de outrem que decorra estritamente da sua natureza. Contudo, ao contrário do Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil não estabeleceu critérios elucidativos acerca das atividades consideradas como de risco ou quais seriam os critérios que vinculem o parágrafo primeiro do art. 927 ao agente causador do dano. Isso porque, optou o legislador pela amplitude do conceito de atividade de risco para que o intérprete preencha, ao tempo correto, qual serão as atividades de risco da sociedade vivida à época da vigência do código.

Com esse horizonte, apontamos que sempre que quisermos verificar quem é o responsável teremos que identificar aquele a quem a lei imputou o dever jurídico preexistente, porque ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado um dever jurídico. No tópico a seguir, identificaremos quem é a aplicação de internet e qual a sua natureza jurídica, para na segunda parte do estudo desenvolver quais os deveres jurídicos a ela correspondentes e os modelos de responsabilidade civil aplicáveis.

### **I.a. A aplicação da responsabilidade civil pelo Código Civil de 2002**

Em uma abordagem sistemática da aplicação dos sistema da responsabilidade civil para os danos advindos das aplicações de internet, é importante delimitar alguns conceitos inerentes ao tema da responsabilidade civil no direito brasileiro. Nessa senda, se faz necessária a observância de suas linhas gerais quanto aos pressupostos básicos da responsabilidade civil, de acordo com o modelo do Código Civil de 2002. A crise da responsabilidade civil decorre, invariavelmente, de mudanças sociais ocorridas nos últimos anos. A preocupação com a reparação das vítimas de acidentes de consumo e de danos ambientais e a exposição a riscos agravados pela sociedade da informação desafiam o sistema da responsabilidade civil. No presente tópico desenvolveremos as

---

<sup>111</sup> MELO, Albertino Daniel de. **Estudo sobre o fundamento da responsabilidade civil**. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. v. 4. São Paulo: RT, out. 2010. p. 543.



diretrizes herdadas e desenvolvidas no direito brasileiro, que são aplicáveis atualmente quando eclodem danos passíveis de responsabilização.

Como visto na primeira parte deste estudo, conceituar o instituto da responsabilidade civil é tarefa árdua, pois como José de Aguiar Dias inaugura sua obra: “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”<sup>112</sup>. Entretanto, podemos consignar que a responsabilidade civil se originará pelo descumprimento ou cumprimento defeituoso de uma obrigação contratual, bem como pela promoção de ato ilícito que venha onerar terceiro. As distinções de modelos coadunam com a bifurcação advinda de sua própria natureza, qual seja: subjetiva ou objetiva<sup>113</sup>. Assim, o que importa ao jurista é identificar a violação da obrigação contraída ou oriunda da norma. Jorge Mosset Iturraspe leciona que a ação antijurídica ocorrerá quando for infringido os mandamentos e disposições do ordenamento jurídico. O autor ressalva, que a manifestação antijurídica decorrerá da violação de um norma destinada a proteção de interesses, sendo que o julgador levará em conta as consequências legais oriundas da lei, da ordem pública e a boa-fé<sup>114</sup>.

De acordo com a doutrina clássica, ao abordarmos a responsabilidade subjetiva do Código Civil de 2002, devemos identificar a existência do dano oriundo de um ato ilícito promovido por um agente, assim como o nexo causal<sup>115</sup> entre estes, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002 (CC/02). Trata-se de uma resposta da sociedade ao causador do dano<sup>116</sup>, que diante de ato ilícito cometido não poderá se furtar da obrigação de repará-lo, consoante dispõe o art. 927 do CC/02.

Nesse sentido, a noção de culpa<sup>117</sup> é inerente à construção da responsabilidade civil subjetivista, que deverá ser comprovada e atribuída ao agente. Quando violado dever jurídico de

---

<sup>112</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p 1.

<sup>113</sup> Luciano Timm faz interessante estudo sobre os modelos de responsabilidade civil no direito privado. No estudo do autor, a responsabilidade civil subjetiva corresponde ao modelo liberal em face dos seus próprios requisitos. Nesse caso, a lei estabelece o critério da responsabilidade subjetiva para coibir as condutas contrárias ao sistema jurídica. Daí decorre a noção de culpa abstrata verificada no caso concreto e imprescindível para a aplicação da norma. Todavia, a concepção liberal não se mostrou suficiente para a tutela das diversas angularizações que a abordagem do tema sofreu com o progresso social do Estado moderno. Com isso, o Direito Francês desenvolveu a responsabilidade objetiva, qual seja, o modelo social com o intuito de amparar as vítimas dos riscos provenientes das atividades mercantis. O modelo social reconheceu a desnecessidade de culpa, e passou a valorizar a reparação do dano. Cf. TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no Direito Privado: da culpa ao risco. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 55, 2005. p. 149 e ss.

<sup>114</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **Responsabilidad por daños**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1971. p. 37.

<sup>115</sup> Se trata do liame que vincula a conduta do agente ao dano. VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Responsabilidade Civil. v. 4. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 53. Todavia, o nexo causal é discutível na nova responsabilidade civil que se funda no Direito de Danos. Sob essa perspectiva, não se direciona o foco da responsabilidade civil para a possível causa do agente agressor, mas sim para o resultado ocorrido. Veja: MULLHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

<sup>116</sup> Veja: MELO, Albertino Daniel de. **Estudo sobre o fundamento da responsabilidade civil**. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. v. 4, 2010. p. 543.

<sup>117</sup> Sobre a culpa, o art. 944 do CC/02 possibilita a modulação da graduação de culpa. Nas palavras de Miguel Kfourir Neto, à luz da equidade o magistrado poderá se valer de maior autonomia para aproximar a noção de justiça ao caso concreto. A dificuldade será a de interpretar e conceituar a equidade para o caso, pois é onde sua aplicação exigirá

forma voluntária ou não<sup>118</sup> que venha a gerar um dano umbilicalmente relacionado com a culpa através do nexos causal, ocorrerá o dever de indenizar. Trata-se da cláusula geral de responsabilidade subjetiva que determina ao agente a obrigação de reparar, pois sua conduta gerou um ato ilícito que, por sua vez, resultou em dano a outrem. À vista disso, consideramos que a responsabilidade civil subjetiva promove um dever geral de abstenção de praticar atos lesivos a terceiros, e a conduta do agente é imprescindível para qualificação da obrigação de indenizar. Com isso, o objetivo da responsabilidade civil no CC/02 é claramente o de sancionar a conduta do agente ofensor.

Não obstante, a ilicitude também decorrerá do abuso de direito que no CC/02 vigora no art. 187. Quanto ao abuso de direito, ocorrerá o dever de reparar quando o exercício excedente de um direito supere os limites de sua finalidade econômica ou social, ou viole a boa-fé ou os bons costumes<sup>119</sup>. Na lição de Bruno Miragem, no abuso de direito, o agente expande o exercício de direito subjetivo que supera os limites estabelecidos no ordenamento jurídico<sup>120</sup>. Em alguma medida, a teoria do abuso do direito demonstra a nítida limitação da autonomia de vontade individual que se configura quando houver excesso no exercício de um direito subjetivo. Por essa razão, a não observância dos princípios<sup>121</sup> que balizam o próprio ordenamento jurídico é o que fulmina o ato com a ilicitude.

A natureza do dano, poderá ser moral ou extrapatrimonial e material. O dano material concretiza-se pelo prejuízo econômico ou financeiro, que poderá resultar nos lucros cessantes e danos emergentes. Na lição de Clóvis V. do Couto e Silva, quanto a natureza moral, esta decorrerá da ofensa direta a um direito de personalidade<sup>122</sup>. Aqui, versa o já reiterado entendimento de que nem todo dano poderá prescindir do moral, pois nem todo sofrimento ou abalo emocional possui o condão de configurá-lo<sup>123</sup>. O dano moral para ser reparado deve ser injusto. Assim, o Professor leciona que no direito brasileiro existem duas disposições sobre o reconhecimento expresso da reparação do dano moral. A primeira consiste no art. 5º, V, da CF em que considere: “É assegurado

---

maior esforço hermenêutico tendo em vista ser um conceito que supera a simples noção de justiça. Cf. NETO, Miguel Kfoury. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**, v. 839, 2005. p. 47.

<sup>118</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 17.

<sup>119</sup> Veja: MIRAGEM, Bruno. **Abuso de direito**: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>120</sup> MIRAGEM, Bruno. Abuso de direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. **Revista dos Tribunais**. v. 842, 2005. p. 11.

<sup>121</sup> Na doutrina de Humberto Ávila: “enquanto as regras descrevem aquilo que é permitido, proibido ou obrigatório, os princípios apenas apontam para um estado ideal de coisas, sem prever o comportamento que deve ser adotado para promovê-lo”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 26.

<sup>122</sup> SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. v. 667, 1991. p. 7.

<sup>123</sup> Segundo a interpretação do Enunciado 159 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material”.

o direito de resposta proporcional ao agravo além de justa indenização por dano material, moral e à imagem”. Já, no art. 5º, X: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação”. Nesse diapasão, Clóvis V. do Couto e Silva esclarece que a noção do dano patrimonial é mais antiga e, também, mais conhecida. Por outro lado, o dano moral é mais recente, pois “não parecia a muitos admissível de transformar em dinheiro o simples dano moral”<sup>124</sup>.

Na regência dos arts. 186 e 927 do CC/02, o sistema da responsabilidade civil impõe a possibilidade de dois requisitos para a equalização, qual seja, a culpa e o risco. Pela culpa, entende-se a necessidade de exigência do dolo ou de ação negligente, imprudente ou com imperícia do agente causador do ato ilícito<sup>125</sup>. A culpa<sup>126</sup>, na responsabilidade subjetiva, é o pilar fundamental da obrigação de indenizar, pois nem todo comportamento do agente desenvolverá a capacidade reparatória. Será necessária a comprovação de que o agente agiu com culpa sob pena de não se lograr êxito em reparar os prejuízos enfrentados pela vítima. Por sua vez, a conduta culposa será o resultado de uma vontade expressada em um ato promovido pela intenção humana e que poderá ser graduada. Não se trata de uma ato inanimado, onde não houve qualquer intenção ou parcela de pensamento que o conduziu a um resultado lesivo. Nesse sentido, Cavaliere Filho leciona a culpa: “Chegamos, desta forma, à noção de culpa, que tem, aqui, sentido amplo (*lato sensu*), abrangente de toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso de dolo, ou tencional, como na culpa”<sup>127</sup>.

Importa ressaltar que a culpa caracteriza-se pelo não atendimento a linha mestre do dever de cuidado ou a diligência média<sup>128</sup>. Esse dever de cuidado decorre de uma análise subjetiva do agente perante a sociedade para praticar seus atos de forma a não lesar seus pares. Tomando como base um determinado fim, o agente deverá auferir qual é a melhor conduta a ser praticada para que este fim seja atingido sem a promoção de um evento ilícito. Nas condições em que se encontra e para o fim que almeja, é necessário manejar um estado de atenção. Por conseguinte, deve-se valorar os

---

<sup>124</sup> SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1997. p. 218.

<sup>125</sup> Cumpre aduzir que o ato ilícito se distingue em duas hipóteses: absoluto e relativos. O primeiro deriva da responsabilidade extracontratual (aquiliana). Por sua vez, o ato ilícito relativo deriva das relações contratuais e estão previstos no CC/02 na parte destinada às obrigações. MIGUEL, Alexandre. A responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações. **Revista dos Tribunais**. v. 809, 2003. p. 11.

<sup>126</sup> Como foi ressaltado no início do presente tópico, não se desconhece a turbulência estrutural que a responsabilidade civil passa atualmente. Desse modo, sobre a culpa há importante tese de Marcos Catalan que avança estruturalmente na atenção doutrinária da culpa na responsabilidade contratual, onde defende o processo de mutação do conceito. Na visão de Catalan, o sistema binário da configuração atual da responsabilidade contratual não mais pode existir, pois é extremamente insuficiente para a solução dos problemas que orbitam a realidade obrigacional contemporânea. CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>127</sup> CAVALIERI FLHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 30.

<sup>128</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 429.

conhecimentos, a capacidade e aptidão do agente em promover maior ou menor grau de atenção em sua conduta social. Cavalieri Filho leciona que esse acontecimento “exprime um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, por ter violado o dever de cuidado quando, em face das circunstâncias específicas do caso, deveria e poderia ter agido de outro modo”<sup>129</sup>. Diz-se, que a noção atual de culpa não se vincula à moral, mas atua na atribuição de um dever de diligência social média que deve ser esperado do agente<sup>130</sup>.

Nesse quadro figura a possibilidade de conduta dolosa do agente, que vislumbra a ação intencional para um resultado lesivo. O dolo representa o saber da ilicitude. Em seu interior é sabido que a sua conduta provocará um dano a um terceiro e, mesmo assim, o agente o persegue em seu ímpeto, ainda que calcule a possibilidade de agir de forma diversa à pretendida. Essas distinções são provenientes do direito romano, que as classificou a primeira, a culpa, como uma negligência, imprudência, ou imperícia. De igual modo, o dolo seria a violação intencional de uma norma de conduta através de uma ação consciente<sup>131</sup>. Independente do núcleo da culpa ou do dolo os efeitos para o direito serão semelhantes: o dever de reparar.

Nos termos do art. 186 do CC/02, a culpa é auferida através da comutação de dois requisitos: a negligência e a imprudência. O legislador buscou, ao inculpir a culpa no art. 186, definir um ato ilícito, pois a própria classificação e conceituação de culpa é sem dúvidas imprecisa e discutível na doutrina. Em decorrência da amplitude de classificações, a imperícia, negligência, imprevisão e imprudência, poderão se confundir no caso concreto. Na visão de Arnaldo Rizzardo, por imperícia, poderíamos definir como a falta de habilidade na ação realizada pelo agente<sup>132</sup>. Quanto à negligência, consistiria na ausência de diligência e prevenção quando deveria-se seguir as normas da, já mencionada, diligência média. A imprudência se revela próxima da previsibilidade.

Além disso, a ideia central das classificações é a de que estas não se esgotam e, muitas vezes, se confundem. Nesse sentido, a doutrina, de um modo geral, classifica a culpa da seguinte forma: culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando*, culpa *in comitendo*, culpa *in omitendo*, culpa *in custodiendo* e culpa grave ou *lata*. Sobre a primeira, há uma escolha errada tomada pelo agente ao iniciar uma ação. Quanto à segunda, se verifica uma ausência de cuidados e fiscalização do responsável ou proprietário da coisa ou de terceiro. Ao tratarmos da culpa *in omitendo* existe a presunção de dever do agente em uma ação positiva ao direito e a boa-fé, que não o faz. Por último classifica-se a culpa grave ou *lata* que, leve e levíssima que atua tanto no ato positivo quanto negativo da ação nuclear do agente. Por essa modalidade de culpa, o agente atua sem atenção e

---

<sup>129</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

<sup>130</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. v. 4. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 25.

<sup>131</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 4.

cuidado<sup>133</sup>. A noção de culpabilidade remete à satisfação dos requisitos do sistema da responsabilidade civil, e é de extrema importância para o presente estudo, quanto à criação do liame fundamental que posteriormente resulta no dever de indenizar.

A vista disso, consideramos que o sistema da responsabilidade civil, em sentido amplo, busca a reparação dos danos sofridos através da obrigação de indenizar. Todavia, com o avanço da sociedade e as mudanças das relações entre os indivíduos, surgiu a segunda modalidade de responsabilidade que temos no atual Código Civil. Nas lições de Venosa, a responsabilidade objetiva baseada no risco é fruto da atual fase pós-moderna do direito<sup>134</sup>. O mesmo na esteira de Miguel Reale, que demonstra a importância dos princípios da eticidade e socialidade para a nova visão da responsabilidade civil no CC/02<sup>135</sup>.

Na responsabilidade objetiva, o que se considera é a potencialidade da conduta ou atividade do agente em provocar danos. Desse modo, se verifica a existência de perigo na atividade desenvolvida pelo causador e, principalmente, por sua natureza<sup>136</sup>. Constata-se, por conta disso, que aquele que desenvolve atividade que expõe as pessoas à um risco deve promover todos os cuidados necessários para a consecução de seus fins sem atingir seus usuários. Trata-se de uma avanço e quebra de paradigma na responsabilidade civil<sup>137</sup>, quando se transformou seu sistema pensando em uma sociedade voltada ao indivíduo. Abandonou-se, portanto, o critério da culpa e intenção da ação positiva ou omissiva do sujeito frente ao ato praticado. O direito brasileiro recepcionou a teoria da responsabilidade objetiva através do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e posteriormente no CC/02, onde a insculpiu no parágrafo único do art. 927.

A intenção da responsabilidade objetiva é a de adequar o sistema da reparação dos danos sociais à nova realidade social através de uma norma aberta. Essa noção visa ampliar os princípios da responsabilidade civil para dar conta da demanda social, uma vez percebido que apenas a responsabilidade subjetiva baseada na culpa demonstrava-se insuficiente. Consequentemente, sem prejuízo da importância da responsabilidade subjetiva no ordenamento jurídico brasileiro, como vimos, o CC/02 adotou, no parágrafo único do art. 927, a responsabilidade objetiva. Isso implica dizer, que o CC/02 recebeu a corrente principiológica da Constituição de 1988 que pautada na dignidade da pessoa humana permitiu a valorização do ressarcimento da vítima decorrente de um ato ilícito, reforçando o juízo de justiça e paz social.

---

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>134</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. v. 4. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 11.

<sup>135</sup> REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. v. 2, 2003. p. 11 e ss.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>137</sup> A responsabilidade civil quebrou o paradigma da culpa, o que apequenava a possibilidade de reparação no século XVIII. O risco criado por um empreendimento era suportado pela sociedade e não pelo empreendedor. Em compasso com: FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. **Responsabilidade civil objetiva no Código de Defesa do Consumidor**. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. v. 4, 2011. p. 495.

Nesse sentido, a teoria que justifica a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Sem a pretensão de exaurir a matéria, nos valem da doutrina de Carlos Roberto Gonçalves, que conceitua a teoria do risco da seguinte forma: “Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.”<sup>138</sup>. A decorrência legal é a de responsabilidade sem a existência de culpa para determinados agentes e em situações particulares. Assim sendo, verificado o risco da atividade desenvolvida pelo agente, é desnecessária a comprovação da existência de culpa, pois a responsabilidade está lastreada pelo risco. A culpa poderá existir, mas não guardará importância para a posterior obrigação de indenizar.

Sobre a conduta do agente, haverá a predominância da intenção em desenvolver sua atividade fundamentalmente para beneficiar a si. Por isso, cria-se o que a doutrina conceitua de risco-proveito, pelo qual se repara o dano em face da atividade realizada pelo agente que, por sua natureza, expôs a vítima ao dano (risco criado)<sup>139</sup>. Observa-se, que não há um abandono total da culpa na responsabilidade objetiva. Nas lições de Caio Mário, a regra é que se deva perquirir a culpa, mas quando não alcançá-la, cumpre ao direito promover mecanismos de reparação sem que haja esse requisito<sup>140</sup>.

Cumriu-se no presente tópico, a intenção de relembrar os pressupostos e conceitos da responsabilidade civil, pois é dentro dessas balizas legais e doutrinárias que mais adiante iremos desenvolver o caminho para compreender qual sistema deverá ser imputado às aplicações de internet. Nesse sentido, torna-se imperiosa a observância da responsabilidade civil nas relações de consumo que será abordado no tópico que segue.

## **I.b. O regime da responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor**

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que ao Estado caberá a atividade positiva de promoção, na forma da lei, da defesa do consumidor<sup>141</sup>. Esse direito fundamental<sup>142</sup> está

---

<sup>138</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59.

<sup>139</sup> Ricardo Waldman demonstra com grande êxito as variações da teoria do risco. Tem-se na doutrina a distinção entre teoria do risco integral, profissional, proveito e criado. Para a teoria do risco integral, o foco é a reparação onde as medidas e possibilidades devem vigorar na norma. Quanto ao risco profissional se vislumbra pelo dever do empregador indenizar os danos causados por seu empregado, conforme se estabelece na vigência do art. 932, III, do CC/02. A teoria do risco proveito admite a responsabilização daquele que tira proveito de uma determinada atividade, que se aproxima da teoria do risco criado fundada na responsabilização em razão de atividade e econômica ou profissão. WALDMAN, Ricardo Libel. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. v. 2, 2005. p. 183.

<sup>140</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 507 e ss.

<sup>141</sup> Art. 5º, XXXII.

<sup>142</sup> O fenômeno que a sociedade passa atualmente é o do maior reconhecimento do consumidor como sujeito de direitos. Esse reconhecimento é desenvolvido pela doutrina em um esforço de equilibrar as relações contratuais em virtude da atual convergência econômica, que demonstra a massificação dos contratos e a pulverização de produtos e serviços. Da tensão da massificação dos contratos e a tutela dos direitos do consumidor, a doutrina discorre sobre a necessidade de

estritamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana que busca a readequação e valorização do ser humano na centralidade da vida social<sup>143</sup>. Por essa razão, a estrutura normativa constitucional<sup>144</sup> pavimenta no direito brasileiro um caminho que visa adequar interesses econômicos aos da singularidade individual. A consequência disso é que as relações jurídicas existentes entre o indivíduo que consome e o fornecedor de produtos ou prestador de serviços deverá decorrer sob a égide da valorização do sujeito e não mais do produto ou do serviço em face da vulnerabilidade do consumidor<sup>145</sup>.

Sobre essa perspectiva, o legislador criou o CDC que rege as relações de consumo baseados na proteção da parte mais fraca. Nas palavras de Roberto Senise Lisboa, *in verbis*: “o individualismo foi sucedido pela proteção social, marca de um modernismo jurídico que também não se mostrou plenamente satisfatório para a resolução de litígios advindos da globalização<sup>146</sup> e da célere expansão dos transportes e das comunicações”<sup>147</sup>. Isso se verifica, principalmente, pelo fenômeno da transformação dos contratos na sociedade pós-moderna, onde a antiga concepção flexibilizou-se em decorrência da sociedade de massas. O direito avançou<sup>148</sup> e passou a valorizar a vulnerabilidade do consumidor nos contratos de consumo e, conforme a transformação tecnológica contínua na doutrina de Claudia Lima Marques: “experimentam uma nova vulnerabilidade”<sup>149</sup>.

---

análise das relações contratuais sob a égide do sistema constitucional que acentua a posição jurídica do consumidor no ambiente econômico. Cumpriu ao Código de Defesa do Consumidor a aproximação da tutela dos direitos fundamentais do sujeito e o sistema Constitucional de direitos fundados na dignidade da pessoa humana. Cf. MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental - consequências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 43, 2002. p. 111.

<sup>143</sup> Através da teoria dos direitos fundamentais explica-se a legitimidade e perspectiva da norma que define os direitos do consumidor, como instrumento jurídico para minorar os efeitos negativos oriundos dessa sociedade pós-moderna em que a necessidade de consumir bens é inerente à existência humana digna. O efeito direto, é que cabe ao Estado promover a defesa do consumidor. A positivação da proteção do consumidor na Constituição de 1988 se traduz na necessidade de aplicabilidade imediata no sistema jurídico Brasileiro, e respalda o dever de se exprimir as funções, garantias e instrumentalidade da norma. Cf. WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do consumidor: o direito fundamental nas relações privadas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 27 e ss.

<sup>144</sup> Veja, MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 50, 2004. p. 71.

<sup>145</sup> Claudia Lima Marques ensina que a vulnerabilidade é o princípio básico do Código de Defesa do Consumidor. A vulnerabilidade, na visão da Professora, é a filha do princípio da igualdade onde não se prescinde de uma comparação das situações entre os sujeitos. A vulnerabilidade é um estado da pessoa, que figura inerente aos próprios fenômenos excessivos do mercado. Essa situação, poderá ser permanente ou provisória, individual ou coletiva, mas que fragiliza e enfraquece o sujeito de direitos gerando o consequente desequilíbrio da relação. MARQUES, Claudia; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 199.

<sup>146</sup> Nos ensinamentos de Antônio Herman V. Benjamin o Direito do Consumidor é a disciplina jurídica da “vida cotidiana”, daquele sujeito que vive na mais incontroversa sociedade globalizada de consumo. HERMAN V., Benjamin. O direito do consumidor. **Revista de Direito dos Tribunais**, v. 670, 1991. p. 49.

<sup>147</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

<sup>148</sup> Apoiado em: COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1988. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 66.

<sup>149</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev. atl. ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 335.

Baseado em uma necessidade de proteção da parte vulnerável, o CDC se estruturou em normas protetivas ao consumidor perante a desigualdade contratual que este enfrenta no mercado de consumo. A prevalência da proteção do CDC em casos quando configurada a relação de consumo é possível em virtude do diálogo<sup>150</sup> existente entre o CDC e o CC/02. Esse fenômeno ocorre, pois ambos os sistemas encontram-se em um estado de coerência entre si<sup>151</sup>. A convergência está justificada na herança principiológica do CC/02 que figura, por sua vez, no CDC. Ambos os sistemas jurídicos estão inscritos sob o amparo da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana<sup>152</sup>. A consequência da coerência e diálogo de ambos os sistemas é a busca pelo tratamento equilibrado, justo e igual<sup>153</sup>.

Em face da estrutura do CDC, que foi provido sob a égide da CF/88, buscou-se implementar a responsabilidade civil objetiva, para que fosse possível se alcançar uma proteção efetiva do consumidor. Nesse sentido, pela responsabilidade civil objetiva do CDC é possível responsabilizar o agente cuja atividade profissional possa causar danos a outrem, prestigiando a teoria do risco. A consequência, é a desnecessidade de comprovação da culpa, e restando apenas a configuração do dano vinculado à um ato ilícito (nexo causal), oriundo da atividade promovida pelo agente ou decorrente do dano propriamente dito.

Quando verificada a violação do dever jurídico preexistente (ato ilícito), sujeitar-se-á o agente ao regime da responsabilidade civil do CDC. No seu núcleo, a conduta poderá, da mesma forma, ser comissiva ou omissiva. A atividade do sujeito poderá ser ilícita pela sua própria natureza ou decorrente de um evento danoso<sup>154</sup>, pois o que vigora é a preocupação sobre a ilicitude que é originária de um evento que lesou a outrem, e não mais se há a relação de culpa com o agente. A responsabilidade objetiva, portanto, não será apenas privilégio do CC/02 quando a fundamenta no seu parágrafo único do art. 917. Isso porque, no CDC a responsabilidade objetiva está prevista no art 14, que neste aspecto, dispõe: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”. Não fosse o bastante, não se pode ignorar a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo

---

<sup>150</sup> MARQUES, Claudia Lima. (Org.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 75.

<sup>151</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 6. ed. rev. atl. ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 335.

<sup>152</sup> NERY, Nelson Jr. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 3, 1992. p. 44.

<sup>153</sup> Claudia Lima Marques salienta que essa proximidade dos sistemas e o desenvolvimento da igualdade no direito sugerem que tratar desigualmente os iguais supera o princípio da igualdade. Na visão da Professora essa distinção, na verdade, sugere o tratamento dos consumidores através do “equilíbrio e calma” na busca de uma solução justa e equânime. MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 701.

<sup>154</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 27.



fato do produto e do serviço (arts. 12 a 14 do CDC), bem como pelo vício do produto e do serviço (arts. 18 a 20, 21, 23 e 24 do CDC).

Por essa razão, a adoção da responsabilidade objetiva no CDC não se preocupa com a intensidade de gravidade do dano gerado pelo agente para configurar o intuito reparatório, bastando apenas que sua atividade profissional tenha colocado o consumidor frente ao risco. O CC/02, baseado em uma estrutura jurídica de normas abrangentes e cláusulas gerais, aplica-se subsidiariamente com o CDC, pois o sistema consumerista afasta o princípio da igualdade formal e abstrata. Desse modo, não fosse o quanto previsto no CDC sobre a responsabilidade civil objetiva, reforça-o a regra do art. 927, parágrafo único do CC/02.

Além disso, a opção legislativa que foi escolhida para o CDC quanto à responsabilização nos casos dos danos foi baseada na teoria dos vícios redibitórios que resultou na teoria do vício do produto e do serviço, aplicável aos produtos e serviços e não tão somente às coisas como faz o CC/02. O resultado é que por intermédio do CDC se aplica a teoria dos vícios do produto e do serviço sem distinção quanto ao tipo de contrato celebrado entre as partes, bastando a presença da relação de consumo. A responsabilização do fornecedor ocorrerá pela simples colocação do produto defeituoso no mercado de consumo, dessa forma, independente da existência de culpa.

A grande transformação na responsabilidade civil do CDC para o CC/02 é justamente os agentes e partes envolvidas na cadeia de consumo. Onde outrora figuravam indivíduos e pequenas organizações, com o avanço da sociedade e do mercado, os atores passaram a ser grandes empresas ou conglomerados financeiros e a coletividade de pessoas. Essa transformação estremeceu a aplicação dos requisitos clássicos da responsabilidade civil<sup>155</sup>, pois não se encontra clara a ação ou omissão do agente frente aos modelos de produção em massa, bastando, portando, o risco.

Assim sendo, o CDC afasta a própria nomenclatura da tradicional responsabilidade civil para se valer da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço. Ao contrário da tradicional responsabilidade advinda pelo descumprimento de contratual, o legislador elegeu o dever jurídico que se protege no CDC<sup>156</sup>, qual seja, a segurança do consumidor. Nesse mesmo sentido, quanto ao vício do produto ou serviço, o que se tutela é a adequação do produto para o fim que esse originalmente fora concebido. Por essa razão a responsabilidade objetiva do CDC atua quando ocorre a violação de um dever jurídico de cuidado, de atenção e de não lesar os direitos do consumidor.

Na sociedade atual, grande parcela do consumo é promovida pela indústria, comércio e varejo das massas. Com o avanço da sociedade, os produtos do cotidiano humano se tornaram acessíveis a todos por um preço que resultou em um atributo de co-descartáveis. Se não for pela qualidade, pelo

---

<sup>155</sup> MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 495.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 496.

tempo. A substituição de um sapato por um novo ocorre em um lapso de tempo jamais visto, da forma que pouco resta aos profissionais liberais que exercem a profissão de sapateiro. O consumo de hoje é para as massas.

Em virtude desse fenômeno, o legislador optou por tutelar o interesse comum do consumidor que poderá buscar a reparação em todos os fornecedores que integram a cadeia de consumo. Sobre a responsabilidade pelo vício do produto e serviço, o seu fundamento é a ofensa a um direito patrimonial, o que não obsta a existência do dano extrapatrimonial do consumidor<sup>157</sup>. Sobre o tema, Bruno Miragem advoga por uma tendência contemporânea no abandono do critério da culpa<sup>158</sup> nas modalidades de responsabilidade civil do CDC que atuam de acordo com uma espécie de princípio de proteção à vítima, sendo esta a centralidade do sistema de reparação.

Quanto à responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço, compreende-se por esta a responsabilização do fornecedor em face dos danos advindos do defeito na concepção ou fornecimento de um produto ou serviço. Vigora o entendimento de uma obrigação de reparar em virtude do esperado dever de segurança que deve ser guardado ao consumidor. Na responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, o dever violado é o de adequação dos produtos ou serviços aos fins que foram concebidos. Assim sendo verifica-se o dever de segurança do fornecedor que está inscrito no art. 8º do CDC, e que estipula a preocupação do legislador com os produtos e serviços que são colocados no mercado de consumo. O CDC trouxe as diretrizes preliminares sobre o que se pode considerar como defeito, ao determinar no art. 12º suas hipóteses. Todavia, a doutrina alarga a possibilidade e interpretação do dispositivo legal quando, aduz que atribui-se ao defeito, atributo de conceito jurídico indeterminado e, reitera a existência de um caminho focado na teoria da qualidade. Por essa visão, os produtos e serviços que são dispostos no mercado de consumo devem atender a um dever de qualidade e segurança.

Ao identificar a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil do CDC, cumpre ao intérprete verificar a configuração dos seus requisitos. Como visto, a principal diferença versa pela desnecessidade da existência de culpa que está preconizada pelo próprio disposto no art. 12 do CDC. Ao passo em que afasta a necessidade de culpa, a responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço no CDC exige a presença do defeito em uma inclinação na socialização dos riscos. A vista disso, ao contrário da responsabilidade civil subjetiva que tratamos anteriormente, não há na responsabilidade civil do CDC a necessidade de existência de uma conduta negligente, imprudente, omissiva ou dolosa. O que vigora é a disponibilização do produto no mercado de consumo,

---

<sup>157</sup> Arts. 18 a 25 do CDC.

<sup>158</sup> Em compasso com: MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 499.

bastando a configuração do nexu causal. Se trata, em última análise, da confirmação e valorização da conduta do fornecedor em colocar o produto ou serviço à disposição do consumidor.

Portanto, identificamos na responsabilidade civil objetiva do CDC a preocupação com a valorização da dignidade da pessoa humana que respalda a identificação da obrigação de reparar baseada no risco e o fim social da lei. Atuando propriamente para um consumidor que figura em uma dinâmica de mercado moderna, a legislação consumerista vigora onde o fenômeno é o da massificação dos contratos. Diante disso, o CDC consolidou no Direito Brasileiro a responsabilidade civil sem a culpa do fornecedor ou prestador de serviços que se fundamenta no risco da atividade desenvolvida pelo agente.

Coube-nos lembrar os conceitos e estruturas da responsabilidade civil sem a pretensão de exaurir todas as nuances que permeiam a discussão. Diante desse cenário jurídico em que há diversos caminhos a serem seguidos, qual dos sistemas deverá ser utilizado diante das peculiaridades impostas pela internet?

## II. - A relação jurídica do usuário com as aplicações de internet: o instituto do contrato e as transformações da autonomia privada

O movimento de readequação dos modelos de negócios jurídicos diante do fenômeno da internet, assim como as empresas nascidas no decorrer da existência da própria internet, exigiram da doutrina e da jurisprudência novas interpretações acerca da noção de contrato no direito brasileiro. Desse modo, o presente tópico abordará tanto os suportes fáticos que destinaram ao operador do direito o dever de re-interpretar a norma quanto as possibilidades jurídicas que buscam adequar a equidade dos contratos na internet.

A sociologia<sup>159</sup> e a antropologia<sup>160</sup> estão se dedicando com afincamento ao estudo dos fenômenos do Homem na sociedade da informação, pois nunca antes um fenômeno social mudou drasticamente a forma como nos comportamos e, principalmente, exercemos a plenitude do nosso direito geral de personalidade. Nesse sentido, Luiz Edson Fachin destaca que os direitos de personalidade surgiram nas constituições do pós-guerra, que adotaram a proteção integral da pessoa humana em toda sua plenitude, inclusive, a personalidade<sup>161</sup>. Marshall McLuhan que em decorrência do avanços da sociedade, enfatiza que o estudante de hoje cresce num mundo eletronicamente estruturado que é o inverso do mundo de rodas<sup>162</sup>. Na perspectiva de Zygmunt Bauman, a sociedade atual é caracterizada pela modernidade líquida que superou a modernidade sólida ou pesada marcada pelo totalitarismo<sup>163</sup>. Diante desses fenômenos, cabe-nos a tentativa de acalmar as inconsistências que, por ventura, atinjam o direito dos contratos na perspectiva da internet.

A figura jurídica do contrato surge com a concepção romana de *contractus*<sup>164</sup>, instituto formalista e típico que atualmente não guarda as mesmas características no direito moderno em

---

<sup>159</sup> Nicolau Sevcenko observa que os desdobramentos da Revolução Científico-Tecnológica de 1870 acentuaram-se drasticamente ao final do século XX, com a ampliação dos potenciais produtivos do sistema econômico em virtude da capacidade de produção e consumo, dentre outros fatores. SEVCENKO, Nicolau. **A corrida para o século XXI: no loop da montanha-russa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 59.

<sup>160</sup> Assim, Odina Fachel Leal e Rebeca Hennemann Vergara de Souza destacam na abordagem antropológica da propriedade intelectual que a reorganização da ordem mundial ocorreu no período do pós-guerra, onde o acúmulo do capital e o surgimento de novas tecnologias e de novos atores sociais fomentaram o fenômeno de um poder que ultrapassa fronteiras. LEAL, Odina Fachel; HVNNEMANN, Rebeca; SOUZA, Vergara De. (Org.). **Do regime de propriedade intelectual: estudos antropológicos**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2010. p. 14.

<sup>161</sup> FACHIN, Luiz Edson Fachin. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos de personalidade no código civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, n. 362, 2007. p. 45.

<sup>162</sup> O autor também acentua que a era da informação é a “Idade da Angústia”, pois obriga ao compromisso e à participação da sociedade no fenômeno independente da vontade ou ponto de vista. Do mesmo modo, a angústia está sendo superada pelo tédio. Em alguma medida é possível comparar o tédio citado pelo autor com a derrocada de muitos modelos de negócios virtuais que são superados pelo incessante desejo de consumo do usuário internauta. MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Editora Cultrix, 2012. p. 11.

<sup>163</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 33.

<sup>164</sup> No direito romano, o consenso não gerava obrigações. O *contractus* prescindia de uma norma jurídica que protegia determinados atos. MACHADO, Yuri Restano. Breves apontamentos acerca da evolução histórica do contrato no direito romano à crise da modernidade. **Revista dos Tribunais**. v. 864. p. 86-100.

virtude de sua evolução como instituto jurídico<sup>165</sup>. No direito romano, existia a noção de dois tipos de acordo de vontades, quais sejam: a *pactas* e os *contractus*. A grande diferença entre os conceitos é que na *pactas* não era possível coibir o devedor ao cumprimento da obrigação, enquanto que o *contractus* permitia ao credor a cobrança através dos mecanismos do Estado. O contrato, ao seu turno, no direito moderno, será a estampa negocial e, na doutrina de Orlando Gomes, ultrapassa o direito das obrigações<sup>166</sup>. Não obstante o véu que cobre a disciplina dos contratos, é no direito das obrigações que ocorre a subsunção da norma na vida econômica da sociedade, sendo este a principal fonte de direitos no contrato.

No estudo dos contratos e no direito das obrigações,<sup>167</sup> auferem-se as principais características de atuação do sistema jurídico<sup>168</sup>. Isso porque, caracterizam-se os principais suportes fáticos da vida econômica do sujeito. É dizer, os negócios jurídicos bilaterais intervivos são, na sua grande maioria, de cunho econômico respaldado por obrigações contraídas pelos contratantes. Como bem demonstra Jaime Berdaguer, a obrigação é um vínculo que limita a liberdade humana e que a dirige para um determinado sentido,<sup>169</sup> ocupando espaço destacado na regulação do comportamento em sociedade. Daí porque, a norma jurídica regula as atividades sociais e concede a determinadas condutas a possibilidade de que um sujeito determine a outro um comportamento positivo ou negativo para uma finalidade específica<sup>170</sup>.

Essa é a razão da conduta de um sujeito importar para o outro na relação contratual. Pontes de Miranda ensina que: “os negócios jurídicos de direito das obrigações irradiam pretensões pessoais, isto é, pretensões a que alguém possa exigir de outrem, deitor, que dê, faça ou não faça, em virtude de relação jurídica só entre eles” (*sic*)<sup>171</sup>. Desse modo, salienta-se que a obrigação, como conteúdo do contrato, transforma a realidade das partes, o que Antônio Chaves definiu da seguinte

---

<sup>165</sup> José Arias acrescenta que as Institutas de Justiniano (Lib. III, Tít. XIII, 2) referem que as obrigações nascem do contato. ARIAS, José. **Contratos Civiles**. Buenos Aires: Campaña Argentina de Editores, 1939. p. 47.

<sup>166</sup> GOMES, Orlando. **Teoria geral dos contratos**. 1. parte. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

<sup>167</sup> A palavra obrigação advinda do latim *ob ligare* (atar, amarrar, ligar). FAGGIONI, Alejandro Alvarez. **Estudio de las obligaciones en el derecho civil ecuatoriano**. Guayaquil: Editorial de la Universidad de Guayaquil, 1991. p. 11.

<sup>168</sup> A respeito, Federico Arnau Moya ensina que: “En la primera etapa del Derecho romano el deudor comprometía su propio cuerpo y este era el objeto de la obligación, puesto que el acreedor podía apoderarse de él y venderlo como esclavo. Con el tiempo la obligación recaería sobre el patrimonio y no sobre la persona del deudor, de modo que la originaria responsabilidad personal se transformaría en responsabilidad patrimonial”. MOYA, Federico Arnau. **Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos**. Espanha: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2009. p. 19.

<sup>169</sup> BERDAGUER, Jaime. **Fundamentos del derecho civil**. Tomo I. Montevideo: FCU, 2005. p. 13.

<sup>170</sup> Sobre a interação do direito com os contratos surge a complexa indagação acerca da causa do contrato. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes ao estudar o tema da causa aponta que a doutrina alemã deram prevalência à vontade como fonte originadora de efeitos jurídicos e não a previsão legal. Contudo, como advogamos no presente estudo, a concepção do “dogma da vontade” foi superada em decorrência dos problemas e limites da autonomia privada. Na visão da Professora, a evolução do instituto do negócio jurídico no direito contemporâneo deve ir além do interesse das partes convergindo para o interesse social e geral. MORAES, Maria Celina Bodin. A causa dos contratos. **Revista Trimestral de direito civil**, v. 21, 2005. p. 99.

<sup>171</sup> MIRANDA, Pontes De. **Tratado de direito privado**. Direito das obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Tomo 22. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. p. 8.

forma: “Não há como não reconhecer, com efeito, que a obr quebra aquele estado de equilíbrio no relacionamento normal dos indivíduos, tão relevante que está inscrito na própria Const Fed [...]” (*sic*)<sup>172</sup>. Assim sendo, o contrato deve designar o negócio jurídico bilateral, cuja pretensão das partes resulta no surgimento do liame obrigacional de cunho patrimonial. Nesse diapasão, Manuel Inácio Carvalho Mendonça aduz que: “os contratos hão de ser sempre a fonte mais fecunda, mais comum e mais natural dos direitos de crédito”<sup>173</sup>. E na doutrina de Jorge Mosset Iturraspe, o contrato será o acordo de diversas pessoas sobre uma declaração de vontade comum que se destina a regular direitos<sup>174</sup>.

Observa-se que o acordo de vontades não se reduz ao que está escrito no contrato, pois o *pacto*<sup>175</sup> contratual observa a liberdade de formas no direito brasileiro. Ou seja, a perfectibilização do contrato, em princípio, não requer nenhum outro requisito formal, o mesmo quanto às hipóteses de modificação e término do contrato por iniciativa das partes. A lei poderá determinar que em casos específicos será preciso respeitar a forma previamente estabelecida. Todavia, o distrato deverá observar a mesma forma adotada para a pactuação do contrato em tese. A liberdade de formas é um dos pilares que permite a utilização facilitada do instituto dos contratos, pois a não observância de forma possibilita a rapidez dos acordos comerciais modernos. Uma das teses que permite o nosso avanço no presente estudo, que almeja transpor do contrato tradicional ao contrato eletrônico, é justamente a liberdade de formas, pois responde à superada inquietação da existência ou não de contratos pactuados na internet.

Portanto, para nós, os contratos serão os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais que sujeitam as partes. Trata-se, na visão de Orlando Gomes, de negócio jurídico que busca a satisfação dos pactuantes com o acréscimo da observância da conduta idônea em compasso com os interesses que lhe são devidos<sup>176</sup>. Do mesmo modo, Emílio Betti define o contrato como o ato constitutivo de uma obrigação advinda do acordo de interesses<sup>177</sup>. Por essa razão é que as obrigações como fonte dos contratos possibilitam que este seja um dos ramos do direito com maior repercussão social, e que na doutrina de Francisco de Paulo Lacerda de Almeida possuem o condão de transformar e modificar os arranjos da ordem social<sup>178</sup>.

Outro aspecto de suma importância no presente estudo diz respeito à formação do contrato. Do ponto de vista do plano da existência do negócio jurídico, é preciso que ocorra a declaração

---

<sup>172</sup> CHAVES, Antônio. **Lições de Direito Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1972. p. 26.

<sup>173</sup> MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. **Contractos no direito civil brasileiro**. v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 7.

<sup>174</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset. **Contratos**. Buenos Aires: Ediar, 1995. p. 9 e ss.

<sup>175</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A noção de contrato na história dos pactos**. Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: LTR, 1995. p. 29-52.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>177</sup> BETTI, Emílio. **Teoria generale delle obbligazioni: fonti e vicende dell' obbligazione**. Milano: Giuffrè, 1954. p. 6.

<sup>178</sup> ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1916.

convergente de vontades exaradas pelas partes contratantes. Ao observamos o núcleo das declarações, por sua vez, devemos verificar o desdobramento da validade e eficácia que promoveram para que, posteriormente, resultassem no contrato. É como se na análise clínica do fenômeno contratual o operador jurídico tivesse que superar dois momentos: o da validade e eficácia da declaração e o da validade e eficácia do contrato. Jorge Gamarra, em sua obra sobre o direito civil uruguayo<sup>179</sup>, leciona que quando tratamos sobre a eficácia e efeitos dos contratos dizemos que estes requisitos alcançam somente as partes contratantes e os reflexos obrigacionais do contrato pactuado. Assim, uma das principais características dos contratos é a modificação da situação preexistente das partes que será limitada ao objeto de fundo do contrato. Entretanto, seja qual for a modalidade da declaração ou a forma preestabelecida ao tipo do contrato, o direito sempre perseguirá a existência do consenso da declaração realizada. A contrário *sensu*, não havendo consenso, contrato não existirá ou será ineficaz.

A plurititularidade emprega ao contrato a co-participação de sujeitos com interesses econômicos divergentes. O acordo de vontades que caracteriza o contrato deverá conter em seu cerne partes com interesses contrapostos, que na relação mais simplória configurará em uma das pontas a condição de credor e na outra a de devedor<sup>180</sup>. Outrossim, é na disciplina dos contratos, como se é sabido, que a autonomia da vontade se particulariza. Portanto, será através da autonomia da vontade que se auto-regula os interesses das partes. A declaração das partes é o poder concreto da manifestação de vontades que provoca o nascimento de direitos. Ao passo em que a atividade jurídica é exercida pelo contrato, a autonomia privada atinge seu ponto crucial no sistema jurídico. José de Oliveira Ascensão define o conceito como o “poder da vontade”, que, através desta soberania, permite que o interesse válido das partes alcance determinada roupagem jurídica<sup>181</sup>.

Nessa senda, a autonomia privada<sup>182</sup> também é configurada ou conceituada como a liberdade de contratar, onde o poder atribuído aos particulares é o de se delimitar determinadas condutas em relação àquelas disciplinadas na lei. Por essa razão, o conceito da liberdade de contratar abrange os poderes de autoregência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e de escolha do tipo de contrato conveniente ao caso concreto. A doutrina refere que a manifestação de vontade se manifestará por três pilares, quais sejam: a liberdade de contratar; a

---

<sup>179</sup> GAMARRA, Jorge. **Tratado de derecho civil uruguayo**. . Tomo XV. Montevideo: FCU, 1987. p. 7 e ss.

<sup>180</sup> Nesse diapasão, Antônio Chaves define que do ponto de vista ativo a relação obrigacional constitui um direito de crédito, pois o valor desse direito depende da confiança que inspira o devedor a adimplir os termos acordados. CHAVES, Antônio. **Lições de Direito Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1914. p. 23.

<sup>181</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

<sup>182</sup> Destacamos que não há consenso sobre o conteúdo da autonomia privada. Na doutrina de Maurício Requião, a autonomia privada versa sobre: “[...] o valor da vontade humana e do poder de autodeterminação do sujeito”. O autor ainda refere que alguns a identificam como a liberdade humana, bem como alguns autores afirmam que a autonomia da vontade seria o poder de pactuar normas jurídicas. REQUIÃO, Maurício. Autonomia e suas limitações. **Revista de Direito Privado**, v. 60, 2014. p. 85 e ss.

liberdade de estipular o contrato e; a liberdade de estruturar o conteúdo do contrato<sup>183</sup>. Na lição de Clovis V. do Couto e Silva, a autonomia da vontade se define pelo seguinte conceito:

“Entende-se por autonomia de vontade, a “facultas”, a possibilidade, embora não limitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo de bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade.”<sup>184</sup>

Desse modo, a liberdade de contratar será o poder conferido aos contratantes de elencar os efeitos que pretendem com o contrato. Em virtude disso, é que o direito contratual está moldado essencialmente por leis supletivas que visam completar a vontade do indivíduo quando por ele não declarada. Ao Estado caberá vigiar a atividade individual que mitiga a liberdade de dispor sobre o conteúdo do contrato, ainda que as partes não estejam vinculadas como estão nos “*numerus clausus*” dos direitos reais. Essa mitigação ocorre, por exemplo, em decorrência das características econômicas do contrato. Por decorrência lógica, uma das vulnerabilidades típicas do consumidor é a econômica e, também por essa razão, é que o CDC equilibra os contratos de consumo. Ainda que a jurisdição também exerça fortes influências na autonomia da vontade, a sua importância vigora e se realiza com as avanços modernas que permitem a circulação de capital na sociedade globalizada. Na esteira de Jorge Mosset Iturraspe e Miguel A. Piedecasas, a autonomia da vontade seria o “império do homem sobre suas decisões”<sup>185</sup>, mesmo que nos tempos modernos o conceito prescindia de novas interpretações em virtude dos contratos de adesão.

Nesse sentido, o consentimento ocupa papel decisivo na teoria dos contratos. Jorge Alberto Zago leciona que a palavra consentimento deriva do latim *consensus* que pressupõe a consciência mútua entre pessoas<sup>186</sup>. Por essa razão, o consentimento das partes é inerente a própria natureza do contrato no direito. É como se as vontades das partes isoladas fossem atos unilaterais e o consentimento representasse o comum acordo entre todos envolvidos. E nessa diapasão, o autor leciona: “*no cabe hablar de un consentimiento aceptado, hay que reconoce que éste resultara un acto individual, que se manifiesta por cada parte*”<sup>187</sup>. Entretanto, o consentimento não prescinde da análise da finalidade e objeto do contrato. A multiplicidade de consentimentos deve caminhar para o encontro de um mesmo objeto e finalidade. O contrato formado pelo consentimento seria uma vontade maior, como uma luz que reflete sobre as menores de cada contratante.

A manifestação do consentimento também figura como fundamento para a concretização do contrato. O consentimento deve se manifestar através de uma das partes e poderá, ou não, ser aceito

---

<sup>183</sup> REQUIÃO, Maurício. Autonomia e suas limitações. **Revista de Direito Privado**, v. 60, 2014. p. 30.

<sup>184</sup> COUTO E SILVA, Clovis V. Do. **A obrigação como processo**. São Paulo: 1976, p. 17.

<sup>185</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. **La revisión del contrato**. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008. p. 13 e ss.

<sup>186</sup> ZAGO, Jorge Alberto. **El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión**. Buenos Aires: Universidad, 1981. p. 33.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 34.



por outra. No interior do sujeito, ao iniciar as tratativas para uma contratação, sua vontade é exarada através de uma oferta ou proposta para um segundo sujeito. O principal efeito dessa manifestação do consentimento é a obrigatoriedade do contrato. Aquilo que as partes livremente elegeram tornar-se-á lei para elas, e as obrigações devem ser categoricamente adimplidas. Quando não cumpridas as obrigações avençadas, surgirá a figura da responsabilidade contratual. Assim, em virtude do poder de obrigação que o contrato institui, não é possível que uma das partes se recuse a cumprir sua obrigação. Nessa perspectiva, para que ocorresse a extinção dos contratos seria necessário o cumprimento das obrigações ou que surja alguma das causas extintivas derivadas da lei.

Para Pothier, o contrato é uma espécie de um pacto e nesse diapasão, o pacto será o consentimento de duas ou mais pessoas para formar um compromisso, extinguir um existente ou para modificá-lo<sup>188</sup>. Essa definição é justamente o que diferencia o contrato dos simples pactos do direito romano. Na visão do autor, o homem deve prometer e se obrigar, pois somente as promessas posteriormente cumpridas formam o conteúdo de um contrato<sup>189</sup>. Portanto, os contratos produzem obrigações entre as partes e seus efeitos devem irradiar-se no seu liame contratual. Assim sendo, os contratos não exaram seus efeitos espontaneamente ou sem o consentimento das partes. Tradicionalmente, o consentimento ocorre após uma série de dilação entre as partes e tão somente com sua perfectibilização existirá o contrato. Na lição de Jorge Alberto Zago, a aceitação de uma das partes complementa a outra manifestação exteriorizada por uma oferta quando ambas estiverem conjecturadas ocorrerá o contrato<sup>190</sup>. Outra característica importante na teoria dos contratos é quanto o lugar e o momento de formação do contrato, pois determinará detalhes de sua aplicação.

Com efeito, Vincenzo Roppo diferencia o contrato como fonte de direito e as fontes do contrato<sup>191</sup>. A primeira categoria apresenta o debate teórico e conceitual acerca da teoria do contrato, que resguarda a indagação sobre em quais momentos o contrato produzirá normas jurídicas e será, portanto, fonte de direito. Isso porque as questões atinentes ao contrato como fonte de direito versam sobre o valor individual das regras contratuais e as condições gerais do contrato para as partes contratantes. Em segundo, existe a possibilidade do contrato se tornar não o mecanismo que regula, mas sim como objeto a ser regulado. Nesse diapasão, Vincenzo Roppo aduz que existem três importantes macro-componentes do contrato: a norma do código, a norma da constituição e a lei especial. Nessa perspectiva, o autor destaca a importância da tutela constitucional do contrato e da liberdade contratual, que filtram a tutela do código através dos seus

---

<sup>188</sup> POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones**. Buenos Aires: Heliasta, 1978. p. 12.

<sup>189</sup> O autor desenvolve as diferenças de obrigações perfeitas e obrigações imperfeitas, que se distinguem a primeira por gerar efeitos contratuais e a segunda não. *Ibidem*, p. 13.

<sup>190</sup> ZAGO, Jorge Alberto. **El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión**. Buenos Aires: Universidad, 1981. p. 69.

<sup>191</sup> ROPPO, Vincenzo. **Il contratto del duemila**. Torino: 2002, p. 3 e ss.

princípios. Quanto à lei especial como fonte do contrato, o autor defende que o movimento da descodificação promoveu a erosão de microssistemas específicos para determinados tipos contratuais, o que dificulta a reconstrução unitária da figura contratual.

Da teoria da vontade e da declaração, desdobra-se a autodeterminação como o querer interno do contratante. As partes contratantes se autodeterminam, ou seja, decidem tomar uma decisão que cabe somente a elas sobre a contratação ou não, pois possuem consciência dos efeitos que o contrato pode produzir. Em apertada síntese, a autodeterminação das partes é a capacidade para satisfazer as exigências do direito<sup>192</sup>. Nesse aspecto, a própria função social do contrato (art. 421 do CC/02) desenvolve importante atributo para o princípio da autodeterminação. Isso porque, haverá uma dupla finalidade do contrato: as obrigações entre os pactuantes e a função social da avença. Desse modo, as partes estão obrigadas a vincularem-se sobre o prisma de várias ideologias como a liberdade contratual, a obrigação do contrato, o consensualismo, o formalismo e a função social do contrato.

Quanto ao ponto de vista econômico, podemos aduzir que a teoria da sociedade em rede que trabalhamos no presente estudo só será factível para o direito em virtude do instituto do contrato. A interdependência entre as relações das pessoas como sociedade caracteriza uma verdadeira rede de contratos. Além de transferir riquezas e permitir o comércio, o contrato estabelece aproximações sociais e seus efeitos desencadeiam reações em todas as esferas do indivíduo. Portanto, mesmo que consideremos o contrato como conceito e ficção jurídica que objetiva instrumentalizar acordos, não podemos nos furtar de reconhecê-lo como forte instrumento de operação econômica. Assim sendo, o contrato permite a instrumentalização de uma operação econômica, conferindo-lhe autonomia própria. Devemos consignar, que as regras que circunscrevem essa referida operação econômica será o conteúdo do direito dos contratos. Não obstante, ao falarmos em circulação de riqueza não nos limitamos às operações estritamente monetárias, mas a toda operação que se possa mensurar economicamente.

Entretanto, nem só do caráter econômico subsiste o contrato, mas é da concepção econômica que surge a sua função social. A liberdade da iniciativa econômica se concretiza com a existência do contrato, respeitando os limites impostos pela lei. O debate sobre os limites da autonomia da vontade como modelo abstrato e fundador do contrato é promovido para assegurar os interesses da coletividade. Em virtude disso, é que a doutrina, a jurisprudência e a lei deram tratamento especial para os contratos de adesão. Os contratos de adesão ou “standard” clausuram previamente com os interesses de uma determinada parte sobrando a outra apenas o aceite ou recurso dos termos em bloco dispostos no instrumento. É dizer, nos contratos em adesão não há espaço para a negociação

---

<sup>192</sup> REZZÓNICO, Juan Carlos. **Principios fundamentales de los contratos**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999. p. 161.

das cláusulas contratuais. Os contratos em adesão figuram como instrumentos de contratação da sociedade moderna, pois se foi o tempo em que discutíamos as cláusulas contratuais. Podemos aduzir que na sociedade moderna e, principalmente nos contratos eletrônicos, os seus tipos são, na sua maioria, de adesão. Assim, cabe ao usuário do serviço ou consumidor virtual apenas aderir através do aceite virtual ao contrato ou aos conhecidos “termos de serviço”.

Como vimos, o formalismo do direito romano foi superado pelo consensualismo sob a égide da autonomia da vontade sendo esta a expressão da liberdade humana. Por esse viés, ninguém poderá se obrigar a não ser por sua própria vontade, prestigiando a predominância do individualismo categórico. A pessoa poderá contratar, mas deverá observar a seguridade contratual: as obrigações livremente assumidas devem ser cumpridas. Renan Lotufo ao escrever sobre a codificação do direito civil, acrescentou que os contratos em “todos os Códigos anteriores ao nosso, possuíam um ponto comum, qual seja, a força coitada ou vínculo de cumprimento. (...) Sempre se deu ênfase ao *pacta sunt servanta*, o que significa coercibilidade e inderrogabilidade unilateral”<sup>193</sup>. Nessa perspectiva o contrato pactuado era considerado justo, pois fruto da autonomia da vontade dos contratantes. Em decorrência desses fenômenos é que o movimento das codificações, a exemplo do Código Civil de 1916, vinculava o contrato pela verificação de suas condições de existência e validade jurídica. Luiz Guilherme Loureiro leciona que o absolutismo do princípio da autonomia da vontade e da doutrina econômica liberal foram objetos de críticas durante o século XX, sujeitando-os ao forte combate pela doutrina e jurisprudência<sup>194</sup>.

Assim sendo, a liberdade e a igualdade do modelo abstrato que fundamentava o contrato escondiam a desigualdade material dos indivíduos. Corolário lógico, o desequilíbrio contratual decorria do excesso do individualismo e do voluntarismo. Em vista disso, iniciou-se um movimento de reequilíbrio do direito contratual através da realocação de sujeitos e novas interpretações dos postulados teóricos. Esse fenômeno marcou o declínio da autonomia da vontade, o que permitiu maior equidade e justiça nos contratos da sociedade moderna. Essas mudanças vieram logo no CC/02, que reconheceu os fatos sociais e a realidade jurídica que deveria ser imposta. Um dos aspectos importantes para o cenário da teoria dos contratos foi o reconhecimento do instituto da lesão no art. 157 do CC/02. Por esse instituto, objetiva-se reduzir a desproporção entre as prestações absorvidas pelas partes coibindo possível exploração contratual.

A transformação da teoria dos contratos implica a reinterpretção da própria estrutura doutrinária que apresentamos. Nesse sentido, o foco de luz deve ser realocado da autonomia privada e da liberdade contratual para o cerne cultural e, principalmente, por quem e em quais condições o pacto foi realizado. As transformações sociais e culturais não permitem que interpretemos o

---

<sup>193</sup> LOTUFO, Renan. Da oportunidade de codificação civil. **Revista do Advogado**, n. 68, 2002. p. 40.

<sup>194</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Método, 2002.

contrato diante de uma única singularidade cultural e econômica, pois, como vimos, ao passo que o contrato representa eficiente instrumento de alocação de recursos é incabível que interpretemos as avenças ao tempo em que foram realizadas.

Nesse viés, a perspectiva da autonomia privada supervaloriza o indivíduo como senhor de sua própria razão, caracterizando o “eu” como elemento subjetivo do contrato. Por essa visão, ignoram-se atributos indissociáveis do contrato, como a qualificação que a parte ou as partes possuem ou possuíram no início do contrato. Com o a quebra de paradigmas do contrato, atualmente não mais se admite a não interpretação das realidades que orbitam a lógica contratual. Assim, reconhecem-se limitações e revisões da autonomia privada, impondo fronteiras para a soberania individual. Importa aduzir que as funções do direito civil mantêm-se como norteadoras dos interesses privados, mas a contextualização desses interesses é indissociável do novo direito privado<sup>195</sup>.

Igualmente, o sentido clássico da autonomia privada que trouxemos anteriormente deve soltar as amarras dos sentidos históricos nos quais foram forjados. Nesse diapasão, o Direito não se limita a si mesmo, pois corresponde às demandas sociais que alteram constantemente os institutos jurídicos. Por essa razão, é que o direito civil se demonstra apto às transformações sociais advindas da sociedade da tecnologia da informação. Não diferente foi a superação dos marcos do direito civil que mudaram drasticamente, ao exemplo da função social da propriedade, da função social e da própria responsabilidade civil e dos direitos de personalidade.

As condições que permitiram as mudanças dos institutos do direito civil foram as próprias fundações que lhe guarneciam. A ruptura dos modelos sociais transformaram o contrato e hoje quem contrata, na lição de Luiz Edson Fachin, “não avença tão somente o que contrata: há uma transformação subjetiva e objetiva relevante nos negócios jurídicos”<sup>196</sup>. O sistema oitocentista e a construção de um direito intransponível pelo tempo, que criou conceitos abstratos e categorias generalizadas permitiram que as mudanças do tempo e da cultura os superasse com facilidade. A unidade de sistema ocupa espaço na agenda do direito civil contemporâneo não por dogmas inflexíveis, mas por caminhos que apontam o encontro dos valores constitucionais modernos. Por essa razão, é que o movimento de constitucionalização do direito civil almeja a substituição das posições que as partes ocupam no sistema jurídico, principalmente quanto à valorização da pessoa.

---

<sup>195</sup> Claudia Lima Marques e Bruno Miragem na tese sobre o novo direito privado e a proteção das vulneráveis, enfatizam que inobstante a possível leitura econômica dos institutos do direito privado, é: “a pessoa humana que orienta o direito privado”. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 83.

<sup>196</sup> FACHIN, Luiz Edson. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. **Revista Jurídica**, n. 324, 2004. p. 17.

Segundo Jorge Mosset Iturraspe, a constitucionalização do direito privado é a recepção da pessoa humana pela Constituição e pelos tratados<sup>197</sup>.

O direito moderno se renova, e a linha mestre de sua renovação é o abandono do interesse individual para a adequação dos interesses coletivos. Para essa corrente que realoca o ser humano como centro das relações<sup>198</sup>, a doutrina a nomeou como “personalismo”. Para os contratos, o que se busca é a proteção do indivíduo frente as leis do mercado. Sobre essa tendência, o liberalismo do mercado da mesma forma que contribuiu para a circulação de riqueza também acentua as diferenças materiais da sociedade. A antiga concepção do sujeito de direitos ilimitados onde sua autonomia privada produz lei é reduzida a função social do contrato, que busca a cooperação dos contratantes não só para si, mas também para a coletividade. Assim sendo, o sujeito tem o dever de cooperar e, principalmente, se abster de qualquer conduta antijurídica ou que possa colocar em risco direito de outrem.

Nesse ponto, Giselda Hironaka leciona que a crise das instituições proporcionaram a limitação da autonomia da vontade, dando azo a crise do contrato<sup>199</sup>. O Estado se empenhou em atuar de forma mais acentuada no conteúdo das relações contratuais<sup>200</sup>, sob o prisma de salvaguardar os interesses sociais ao revés da intenção dos contratantes. O contrato, nessa perspectiva, não chegou ao fim. Pelo contrário, cada vez mais o instituto do contrato é utilizado, restando peculiaridades para as suas novas facetas e interpretações. O contrato moderno ou pós-moderno se destina a atender as novas demandas e realizações do direito. Por conta disso, ao operador do direito cabe interpretá-lo sob a égide não só dos avanços do direito civil, mormente do contrato, mas também sob o avanço das modalidades de avenças. Nesse ponto, destacam-se as leis especiais como o CDC e a Lei do Inquilinato, onde o direito civil avançou e desenvolveu aspectos inovadores.

---

<sup>197</sup> Apoiado na teoria do diálogo das fontes leciona: “Empero, la ya mencionada constitucionalización del Derecho Privado, que no es algo diferente a la recepción de la persona humana por la Constitución y por los tratados -cuando en el pasado se juzgaba como “pertenciente” caso en exclusivad al Código Civil-, hace que entre Constitución y tratados, por una parte, y Código y leyes privatistas, por la otra parte, se origine un “diálogo de las fuentes” y, muy en especial, un diálogo relativo a los derechos y deberes”. ITURRASPE, Jorge Mosset. **Derecho civil constitucional**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.

<sup>198</sup> Veja interessante obra: SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução por Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

<sup>199</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). **Introdução crítica ao código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 118-132.

<sup>200</sup> Gustavo Tepedino destaca que no Brasil as crises econômicas que antecederam o plano Real promoveram uma política intervencionista do Estado. Corolário lógico, com a intensificação da atividade Estatal na economia e avenças o instituto do contrato foi paulatinamente ameaçado por ações tendenciosas a proteger determinado setor ou interesse econômico. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 81.

O movimento dos microssistemas, que é destaque na doutrina contemporânea, desafia as codificações que passam a atuar como institutos balizadores da aplicação do direito e interpretação dos contratos<sup>201</sup>. Assim, baliza-se pelo “Código” e fundamenta-se pela Constituição em virtude do engessamento que os Códigos possuem frente às novas indagações da sociedade. Assim sendo, a Constituição assume a centralidade dos embates jurídicos sendo os novos métodos caminhos que possuem apenas um final: a coerência de aplicação dos princípios constitucionais. A coerência é buscada, pois ao direito é resguardada a atividade de ordenação da vida social. Se o modelos dos códigos não permite a unidade que o fundou, que busquemos a coerência dos princípios que orbitam a constituição.

Nesse diapasão, destaca-se a função social do contrato como um dos principais avanços da estrutura contratua, bem como a resolução ou a revisão do contrato por onerosidade excessiva. Entretanto, Arnoldo Wald destaca que independentemente da importância da função social do contrato esta não deverá afastar a sua função individual<sup>202</sup>. Desse modo, ainda que se verifique fortes correntes que defendem a descodificação do direito civil, a vontade individual das partes deve prevalecer somado ao equilíbrio contratual e o atendimento dos interesses superiores da sociedade.

Frisa-se, que para o instituto do contrato acompanhar as renovações da sociedade é imperiosa a manutenção do seu avanço, mas cotejando também o avanço social. Cinge-se, que essa dualidade de interpretação anda em compasso e deve-se assim se manter, pois somente desse modo ocorrerá a renovada interpretação do instituto que, nas palavras de Giselda Hironaka: “O contrato levado a efeito entre os atores contratuais contemporâneos, pois, passa a ser um contrato que exige mais do comprometimento ético e político de cada um desses partícipes, de modo a expandir projeção para muito além das fronteiras do mero sinalagma”<sup>203</sup>.

Para a hermenêutica jurídica, o contrato nessa perspectiva personalista, deve harmonizar os interesses jurídicos, econômicos e sociais. Com efeito, a função econômica do contrato deve ser atingida com respeito à realização da equidade, aplicando-se valores éticos e deveres recíprocos e leais entre as partes. É nessa concepção que surge a revitalização da boa-fé contratual, que deve governar a conduta entre as partes. O surgimento da preocupação com a boa-fé contratual surge da preocupação de proteger a parte mais frágil do contrato, que cumpre o papel de integrar a norma.

Assim, os princípios contratuais são fundamentais para entendermos as situações das novas relações jurídicas. Se destaca dentre os princípios que informam o contrato moderno, o da boa-fé

---

<sup>201</sup> Veja: KARAM, Munir. O processo de codificação do direito civil: inovações da parte geral e do direito das obrigações. **Revista dos Tribunais**, v. 757. p. 11-28.

<sup>202</sup> WALD, Arnoldo. O contrato no Código Civil de 2002. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 1. p. 5-11.

<sup>203</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: Estrutura milenar de fundação do direito privado. **Revista do Advogado**, n. 68, 2002. p. 123.

objetiva. Pelo princípio da boa-fé objetiva, as justas expectativas que os contratantes desenvolvem ao contratar emanam do vínculo firmado<sup>204</sup>. Através do atendimento da boa-fé objetiva, os contratantes exerceram o conteúdo do contrato com o atendimento da satisfação negocial esperada. As expectativas das partes durante a fase pré-contratual ou contratual devem ser observadas no transcorrer do pacto, não sendo estas surpresas por deveres ou ônus extrínsecos ao tipo negocial. Em razão disso, é que a boa-fé possui enorme extensão de aplicação e interpretação no negócio jurídico. A tradução, da cláusula geral de boa-fé objetiva, representa o comportamento esperado dos agentes quando a lei, em virtude de sua generalidade, não puder especificar<sup>205</sup>.

Surge nas lições de José de Oliveira Ascensão, outro critério muito útil para determinarmos quais comportamentos devemos esperar de uma relação contratual. Assim, José de Oliveira Ascensão leciona que é imperiosa a análise do caso concreto, pois a repetição de casos permitirá a formulação de regras gerais<sup>206</sup>. Nesse ponto, destacamos a importância da jurisprudência para os casos difíceis, pois extrai da subjetividade do direito importantes entendimentos para a evolução crítica da norma. Daí a importância da análise dos critérios utilizados pela jurisprudência nos casos de responsabilidade civil em decorrência de conteúdo postado por terceiro em aplicações de internet, que faremos no momento oportuno. Até agora, a análise do contrato importa na caracterização de conteúdos objetivos de equidade, sendo estes típicos das relações contemporâneas.

Sendo assim, a boa-fé não determina o ato discricionário do operador do direito, pois na doutrina de José de Oliveira Ascensão a boa-fé é o próprio “critério judiciário de solução”<sup>207</sup>.

Por longo tempo, compreendeu-se que os *pactos* deviam ser adimplidos em decorrência destes serem o fruto da liberdade individual. Pela mesma razão é que se considerava o contrato como justo, atribuindo-lhe o atributo da intangibilidade e executabilidade ressaltando-se apenas os casos fortuitos e de força maior. Com as transformações da sociedade, como o fim da Primeira Guerra Mundial, surgiram as limitações da liberdade contratual e autonomia privada, mas ainda com forte inclinação ao atendimento das vontades dos contratantes. Nesse sentido, se esses fatos e transformações sociais promoveram grandes mudanças no instituto do contrato, a tecnologia da informação surge como o novo catalizador social que impulsiona adequações pertinentes nas avenças modernas.

---

<sup>204</sup> Na lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao abordar o princípio da boa-fé na relação de consumo, refere que a proteção do vínculo obrigacional decorre do atendimento de três pressupostos da boa-fé: fornecer os critérios para a interpretação do que foi acordado, e aqui o autor destaca a definição do que se deve entender por cumprimento pontual das prestações; criar deveres pressupostos ou anexos; e limitar o exercício de direitos. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 14, 1995. p. 25.

<sup>205</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 149.

<sup>206</sup> *Ibidem, loc cit.*

<sup>207</sup> *Ibidem, loc cit.*

Merece destaque, que não só pelas típicas relações de consumo na internet é que o direito deve adequar-se para essa nova realidade, pois o instituto do contrato como um todo está se renovando e inúmeros novos tipos contratuais eclodiram na sociedade da informação. A nova conceituação do contrato, portanto, será adequada aos moldes desse novo conceito de contrato onde Arnoldo Wald acrescenta que a: “nova conceituação em que prepondera, ou deve preponderar, sobre a vontade individual de cada um dos contratantes, o consenso que entre eles se formou, sem que seja lícito a qualquer um deles tirar uma vantagem maior do que a racionalmente aceitável, no momento tanto da celebração do contrato como da sua execução”<sup>208</sup>. Assim sendo, no próximo tópico desenvolveremos as linhas gerais do novo contrato eletrônico *lato sensu*, com vistas a entender as consequências do se não cumprimento e, principalmente, do não atendimento dos seus deveres gerais e acessórios.

Em grande medida, a crise do contrato se desenvolveu em razão do desequilíbrio entre as partes contratantes que se funda na crise da confiança recíproca. Assim como se é reconhecido no direito do consumidor, o direito do trabalho foi desafiado por instrumentos desiguais que reduzem as liberdades do trabalhador<sup>209</sup>. Demais disso, a interferência estatal na autonomia privada também exerceu importante influência para a derrocada do modelo tradicional de contrato. Outra causa das transformações no instituto do contrato foi o “movimento de massificação dos contratos”, que, inobstante o sentimento por vezes negativo quando a referida expressão é conjurada possui grande importância para a circulação de riquezas e acesso aos bens de consumo.

Nesse linear, ainda que não se tenha substanciais referências sobre o tema, o novo fator que agrega aos citados na crise dos contratos são as contratações pela internet. Cinge-se, que referimos as contratações no sentido lato, pois a doutrina e jurisprudência ainda não aprofundaram o tema dos novos contratos empresariais pela internet. A consequência disso é a generalização dos modelos de contratos como espécie dos de prestações de serviços, ignorando suas particularidades que se concretizam em face de inúmeras variáveis da técnica e da transnacionalidade. Segundo Wilson Furtado Roberto, o atributo que destaca a internet da territorialidade é a ubiquidade<sup>210</sup>. Por essa característica típica da internet, o *locus* da informação será tanto o país onde os servidores estão armazenados ou naqueles onde a informação é lida<sup>211</sup>.

---

<sup>208</sup> WALD, Arnoldo. O contrato: passado, presente e futuro. **Cidadania e Justiça**, n. 8, 2000. p. 45.

<sup>209</sup> GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 93.

<sup>210</sup> ROBERTO, Wilson Furtado. **Dano transnacional e internet: direito aplicável e competência internacional**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 84.

<sup>211</sup> Utilizamos a expressão “lida”, pois nos parece a mais correta e em consonância com a própria característica da informação como produto da tecnologia. Ou seja, a leitura para a tecnologia é o acesso a determinada informação. Significa dizer, que nem toda informação lida pelo dispositivo informático será repassada ao usuário. A leitura faz parte do processamento de dados que é realizado pelo *hardware*, onde através do *software* ou *firmware* ocorre a leitura e gravação de informações. Essa interpretação do termo é importante, pois na prática alguma informação que não seja visualizada pelo usuário poderá lhe refletir efeitos jurídicos. Nesse sentido destacamos a leitura de dados e informação



Assim sendo, a ruptura dos mecanismos de contratação habituais se agravaram com a massificação do acesso a internet. É se como durante algum tempo, as relações contratuais do usuário com aplicações estivesse em uma zona nebulosa do direito. Segundo Claudia Lima Marques, o fator determinante para a crise na contratação no comércio eletrônico se dá pela crise da confiança que as próprias estruturas eletrônicas ensejam<sup>212</sup>. Nesse sentido, a Professora afirma que a confiança é um princípio diretriz e fonte autônoma de responsabilidade<sup>213</sup>. O comércio eletrônico, nas lições de Claudia Lima Marques, se caracteriza como: “modalidade de contratação não presencial ou à distância para a aquisição de produtos e serviços através de meio eletrônico ou via eletrônica”<sup>214</sup>. Na definição de Fábio Ulhoa Coelho, o comércio eletrônico é a “venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços realizados em estabelecimento virtual”<sup>215</sup>.

Definições a parte, o ponto de convergência nas relações contratuais está na confiança como um dos princípios regentes destas avenças. Como dito, pactuamos que se a redução da liberdade de contratar impactou na transformação do instituto do contrato, a internet ou, inclusive, a própria tecnologia propriamente dita, emerge como a nova fase de renovação do instituto<sup>216</sup>. Com isso, a doutrina define as contratações de compra e venda ou de contratações de serviços na internet como contratos eletrônicos.

Ainda em 1958, Emilio Betti já alertava para uma crise da cooperação entre os homens, o que refletia diversos comportamentos nas avenças da sociedade<sup>217</sup> que por sua vez necessitavam de mudanças legislativas para equilibrar o contrato. Uma das principais características que se destaca na abordagem do instituto dos contratos é sua própria aptidão de formar obrigações de cunho econômico. A formação dos contratos, como se viu, permitiu a expansão do capital no mundo moderno. Assim como a economia do capital se expandiu, Guido Alpa definiu a evolução dos contratos pela expansão das novas fronteiras do direito contratual<sup>218</sup>. O autor analisa o movimento das codificações em cotejo com uma possível tendência de uniformização do direito contratual, que

---

que algumas aplicações promovem em *background* (não visíveis ao usuário) que coletam determinados dados particulares para o cruzamento com outros no intuito de promover a venda desses para empresas de marketing e publicidade.

<sup>212</sup> A Professora ensina que: “Se há um espaço novo de comércio no mundo, que é a Internet, as redes eletrônicas e de telecomunicação de massa, a pergunta que nos anima é como conquistar a confiança dos consumidores neste instrumento novo de fazer comércio e proteger suas expectativas normativas e legítimas”. MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 33.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>215</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva. p. 32.

<sup>216</sup> SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 55, jul./set. 2005. p. 53-84.

<sup>217</sup> De acordo com a crise da cooperação de Emilio Betti, os fenômenos sociais proporcionaram contratos firmados sob chantagem e injustiça social. O fenômeno foi combatido com legislações modernos, como o Código Civil Alemão de 1898. BETTI, Emilio. **Cours de droit civil comparé des obligations**. Milano: Fiuffrè, 1958. p. 21.

<sup>218</sup> ALPA, Guido. Les nouvelles frontières du droit des contrats. **Revue Internationale de Droit Comparé**, v. 50, n. 4, 1998. p. 1015-1030.

possivelmente diluiu a noção tradicional do contrato. Isso porque, superando as novas fronteiras o operador do direito encontrou organismos jurídicos diversos que legislam sobre um mesmo contrato.

Tomando como base os conceitos de contratos eletrônicos, devemos entender qual a relação que o consumidor ou usuário de internet desenvolve com as aplicações de conteúdo. Dessa forma, diante de um possível ilícito civil decorrente de conteúdo postado por terceiro será possível compreender quais os deveres inerentes dessa relação contratual virtualizada. A configuração do contrato eletrônico se perfaz na doutrina moderna em decorrência do atributo do mútuo consenso entre os contratantes, pois ampliou-se os conceitos dos romanos que destinavam aos contratos apenas a capacidade de constituir obrigação. Nesse aspecto, a doutrina moderna compreende que o conteúdo do pacto contratual, suas definições e classificações se expandiram em compasso com os avanços sociais. Do mesmo modo, para nós, nem toda relação contratual entre usuário e aplicação de internet será de cunho consumerista. Ou seja, o contrato eletrônico não se destina apenas para a aquisição de produtos e serviços no ambiente virtual.

O contrato eletrônico será aquele onde a exteriorização da vontade e as fases contratuais ocorram por meio de instrumento eletrônico. Observamos que não há definição completa que resuma ou limite o conceito de contrato eletrônico. O fato do contrato ser pactuado em um terminal informático poderá ou não lhe conferir a classificação de contrato eletrônico. O contrato eletrônico, ao nosso entender, caracteriza-se pelo nível de informação que é depositada em um ambiente ou mecanismo virtualizado. É dizer, a informação depositada em uma calculadora ou computador no final da compra em um supermercado não torna a relação contratual como eletrônica. Isso porque o consumidor durante a formação do contrato experimentou as características atinentes ao tipo contrato de compra e venda, sendo o mecanismo de cálculo apenas instrumento acessório para a consecução do contrato.

Por outro lado, a mesma compra realizada através de outro instrumento tecnológico que deposite nível acentuado de informações pertinentes ao contrato se caracterizará como eletrônico. Nesse caso, desde a oferta até a finalização da compra as informações obtidas pelo instrumento eletrônico proporcionaram ao consumidor e ao fornecedor a experiência de desdobramento para o ambiente virtualizado. As informações de toda formação contratual foram depositadas inteiramente na troca de dados entre os terminais do usuário e do servidor. Em razão disso, a formação da vontade do consumidor está inteiramente relacionada com as informações disponíveis no ambiente virtual. Assim, na obra de referência sobre o tema, Ricardo Lorenzetti define o contrato eletrônico pelo “meio empregado para a sua celebração, para o seu cumprimento ou para a sua execução, seja

em uma ou nas três etapas, de forma total ou parcial”<sup>219</sup>. Dessa definição, extrai-se que os efeitos advindos dos contratos eletrônicos na ordenamento jurídico se transformam com o nível de informação neles depositada. Aqui há o ponto primordial da definição, ao nosso ver a mais correta, do contrato eletrônico, pois o seu modelo e classificação dependerá do caso concreto para o adequado cotejo com o ordenamento jurídico. Por essa razão, é que as regras gerais do contrato aplicam-se ao contrato eletrônico *lato sensu*, onde o que determina as aplicações de determinados institutos de direito é o meio no qual o contrato é pactuado, sendo que outras variáveis jurídicas podem intervir a julgar o caso concreto<sup>220</sup>.

Nesse sentido, as contratações eletrônicas podem ou não agravar a informação relevante que, por sua vez, contribuirão para o nível de confiança na relação contratual. A julgar pelo caso concreto, a assimetria de informação do produto ou serviço objeto do negócio virtual nem sempre será desfavorável para o comprador ou devedor. Nesse aspecto, a confiança do contrato eletrônico é de grande valia para o estudo dos deveres anexos à este modelo. Como se é sabido, para o desenvolvimento do processo de contratação a valoração da informação depositada no processo de compra desenvolverá maior ou menor grau de confiança e, ao final, se concretizará ou não a contratação. Em razão disso, podemos aduzir que de fato, nas relações de consumo, se no contrato entre presentes a informação e o conhecimento na sua grande maioria estão sob o domínio do fornecedor, o mesmo poderá se agravar quanto nas contratações eletrônica.

Todavia, ainda que o agravamento no direito do consumidor seja sinônimo de prejuízo do contratante, nas contratações eletrônicas a hegemonia de informação por parte do fornecedor atua como coeficiente para o modelo de negócio virtual. Isso porque, a considerarmos a experiência do homem médio, o consumidor virtual exigirá maior grau de confiança nas contratações eletrônicas comparadas aquelas realizadas no estabelecimento comercial. Por conseguinte, salientamos que o fornecedor que atua com o modelo de negócio virtual deve buscar a redução de assimetria informacional entre as partes na intenção de se alcançar o seu objetivo: o lucro.

É importante enfatizar que a o preenchimento de formulários e o *click* do usuário através do computador são casos corriqueiros da contratação eletrônica contemporânea. Nesse sentido, a pergunta que pode ser feita é: como esperar que um *click* e um formulário eletrônico gere obrigações? Karl Larenz ao estudar a teoria das relações obrigacionais fundadas em comportamento

---

<sup>219</sup> LORENZETTI, Ricardo. **Comércio Eletrônico**. Tradução por Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 285.

<sup>220</sup> Nesse sentido, Têmis Limberger destaca que a relação entre a intimidade e privacidade com a informática exige o “estabelecimento” de soluções para os problemas que podem resultar do acúmulo de informações armazenadas. LIMBERGER, Têmis; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 199. Nesse caso, compreendemos que os contratos onde o objeto orbite os direitos de personalidade os deveres inerentes ao tipo eletrônico devem ser fundados na proteção constitucional da da pessoa. Assim, o pêndulo que baliza a relação contratual se volta para os direitos da personalidade, onde sua interpretação será favorável ao sujeito e não ao negócio propriamente dito.

social típico, leciona que a obrigação do comportamento do usuário não depende no fato deste estar vinculado a sua vontade própria, mas pelo fato de que o comportamento será entendido com os “usos do tráfego” que origina a obrigação<sup>221</sup>. Nesse sentido, o comportamento social típico está vinculado na ceara da autonomia privada e produz efeitos jurídicos quando praticado. Em razão disso, a falaciosa sensação de que na internet não há contrato, obrigações e deveres jurídicos preexistentes não prospera. O significado do *click* do usuário, em algumas situações e a julgar pelo caso concreto, poderá lhe gerar obrigação e, do mesmo modo, formará o contrato. Por outro lado, a aplicação que disponibiliza o serviço (ainda sem entrarmos no mérito da remuneração indireta) não poderá se valer do argumento de ser apenas uma entidade colaborativa que presta um serviço quase que de cunho puramente “social e filantrópico”. Assim, pactuamos que o *click* que forma o contrato para o usuário também o faz para a aplicação de internet.

Desse modo, o contrato ou termos de serviços deve levar em consideração o interesse legítimo do consumidor. Os instrumentos de avença na internet não podem mitigar o direito do consumidor, principalmente no que diz respeito à eventuais danos que possam enfrentar no exercício dos seus direitos. Do ponto de vista da teoria de mercado, a doutrina leciona que os termos de serviço padrões podem pressionar as aplicações de internet a ofertar novos contratos e benéficos contratos ao consumidor, com fulcro na disputa concorrencial<sup>222</sup>. Daí o entendimento da doutrina estrangeira quanto a razão do desequilíbrio desses contratos versar sobre o poder de barganha que está sob a tutela da aplicação de internet. Contudo, considerando-se o *consumer power* que a internet desenvolve, muitas empresas de aplicações possuem diversas reações quando os termos contratuais de seus produtos são discutidos pela comunidade online.

Um exemplo é a resposta da comunidade de consumo eletrônico aos termos e condições do Dropbox. O Dropbox é um aplicativo de uma empresa norte-americana que fornece serviços de armazenamento de arquivos online para os consumidores, incluindo os consumidores empresariais. Ele permite que os consumidores façam *upload*<sup>223</sup> de seus arquivos pessoais para servidores na nuvem, e que lhes permite ter acesso a seus arquivos de qualquer lugar, e compartilhá-los com outros usuários. Este serviço levanta questões sobre a proteção e uso não autorizado de arquivos pessoais. Durante meados de 2011 Dropbox enfrentou uma enxurrada de críticas dos usuários sobre os seus termos de serviço, que incluiu um termo que concedia ao Dropbox o direito de propriedade

---

<sup>221</sup> LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Tradução por Alessandro Hirata. **Revista de Direito GV**, v. 2, n. 1. p. 55-63.

<sup>222</sup> MALBON, Justin. Online Cross-Border Consumer Transactions: A Proposal for Developing Fair Standard Form Contract Terms. **University of Western Australia Law Review**, v. 37, n. 1, 2013. p. 20-44.

<sup>223</sup> Envio de arquivos de um servidor para outro.

aos dados pessoais de seus consumidores<sup>224</sup>. Com efeito, a aplicação poderia utilizar os dados pessoais dos seus consumidores sem nenhuma discriminação, inclusive com a possibilidade de cessão desses dados para terceiros.

A reação da companhia às inúmeras reclamações de consumidores deu ensejo a modificação das cláusulas contratuais do seu produto<sup>225</sup>. Atualmente, em relação à este caso, o objeto dos termos de serviço do produto prevê<sup>226</sup>: “Quando usa nossos Serviços, você nos fornece informações, como seus arquivos e conteúdos, mensagens de e-mail, contatos, entre outras (“Seus arquivos”). Seus arquivos são seus. Estes Termos não nos dão qualquer direito sobre Seus arquivos, exceto os direitos limitados que nos permitem oferecer os Serviços.” E quanto à responsabilidade civil advinda de arquivos ilícitos: “Você é responsável pela sua conduta e por Seus arquivos. Você deve estar de acordo com nossa Política de uso aceitável”. Como se vê, a empresa modificou o contrato em relação à propriedade dos dados de seus usuários. Entretanto, limitou a responsabilidade de eventuais arquivos ilícitos unicamente ao usuário.

Allison Horton, aponta que para lidar com a velocidade do ciberespaço, legisladores e tribunais são frequentemente confrontados com três métodos conflitantes<sup>227</sup>: o primeiro, para permitir que a tecnologia desenvolva a sua própria autoregulação; o segundo, para continuar definitivamente através do desenvolvimento de leis cibernéticas que estabeleçam deveres para a tecnologia; e, a terceira, para proceder com cautela, aplicando leis preexistentes, para que eles possam entender melhor o ciberespaço antes de promulgar regulamentos mais abrangentes. Do ponto de vista do contrato, o livre consentimento pode ser prejudicial naqueles contratos que versem sobre produtos ou serviços de aplicação de internet. Isso porque, se o consenso mútuo é o “encontro de mentes”<sup>228</sup>, de um lado figura uma mente técnica e poderosa, capaz de utilizar a capacidade de decisão e cálculo para conduzir o consumidor ao seu fim. Por outro, o consumidor que precisa e quer contratar com aplicações de internet e não vislumbra da técnica ou conhecimento jurídico ao seu favor. Nessa perspectiva, no próximo item será verificada a natureza jurídica dessas

---

<sup>224</sup> FINLEY, Klint. Compare to those of other companies? **Readwrite**. 6, jul. 2011. Disponível em: <<http://readwrite.com/2011/07/06/how-does-dropboxs-tos-compare>>. Acesso em: 03 de jan. 2015.

<sup>225</sup> MEARIN, Lucas. ComputerWorld. 21, fev. 2014. <[www.computerworld.com/article/2487987/cloud-computing/update--dropbox-changes-its-terms-of-service-to-stop-class-action-lawsuits.html](http://www.computerworld.com/article/2487987/cloud-computing/update--dropbox-changes-its-terms-of-service-to-stop-class-action-lawsuits.html)>. Acesso em: 03 de jan. 2015.

<sup>226</sup> *Ipsis litteris* da versão em português disponibilizada pela aplicação. DROPBOX. Termos de serviço. <<https://www.dropbox.com/privacy#terms>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

<sup>227</sup> HORTON, Allisson E. Beyond control: The rise and fall of defamation regulation on the internet. **Valparaiso University Law Review**, v. 43. n. 3. 2009. p. 1265-1316.

<sup>228</sup> Veja, Jennifer Feminella sobre o contrato e os termos de serviço: “Generally, mutual assent means that there has been a “meeting of the minds” and that both parties understand what is meant by the terms of a given agreement.” FEMINELLA, Jennifer. Online terms and conditions agreements: bound by the web. **St. John's Journal of Legal Commentary**, v. 17. n. 1. 2003. p. 101.

aplicações de internet em contraste com a resposta legislativa brasileira quanto ao tema da regulamentação da internet e sua responsabilidade por eventuais conteúdos danosos.

## **II.a. Natureza da responsabilidade civil das aplicações de internet**

Dos exemplos e modelos de aplicação da responsabilidade civil da internet, destaca-se na jurisprudência e doutrina brasileira os casos de conteúdos lesivos postados em aplicações de internet. Ajustar a tensão da aplicação dos Códigos e os interesses envolvidos tem sido tarefa árdua da jurisprudência. Em razão disso, se no tópico anterior exemplificamos a aplicação dos contratos com o modelo de armazenamento de arquivos na internet, neste a ênfase orbita na nova experiência legislativa brasileira: a aplicação da responsabilidade civil por conteúdo ofensivo nas aplicações de internet do Marco Civil da Internet, Lei 12.965/14 – (MCI).

Até a surgimento do MCI, a doutrina e jurisprudência se empenhava em aplicar o direito nos litígios ocorridos na internet ou através dela. Inobstante as incertezas e inexatidões da matéria, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sempre desenvolveu forte inclinação e robustez em suas decisões que envolvam o tema. Cumpre dizer que, em raras ocasiões e independente das divergências, os julgados não reconheceram o cerne das questões envolvidas ou deixaram de enfrentá-las. Sobre isso, o STJ inaugurou a senda de decisões sobre responsabilidade civil e internet pelo REsp 1.117.633/RO da 2ª Turma e de lavra do Ministro Herman Benjamin que ao abordar o tema, assim referiu em seu acórdão:

“A internet é o espaço por excelência da liberdade, o que não significa dizer que seja um universo sem lei e sem responsabilidade pelos abusos que lá venham a ocorrer. No mundo real, como no virtual, o valor da dignidade da pessoa humana é um só, pois nem o meio em que os agressores transitam nem as ferramentas tecnológicas que utilizam conseguem transmutar ou enfraquecer a natureza de sobreprincípio irrenunciável, intransferível e imprescritível que lhe confere o Direito brasileiro.”<sup>229</sup>

O referido caso versava sobre publicações ofensivas em rede social, no qual determinou a existência de uma “co-responsabilidade” da rede social baseada no compromisso social da empresa com a sociedade e no princípio da dignidade da pessoa humana frente ao ato ilícito realizado por terceiro em sua aplicação de internet. A linha de fundamentação, baseou-se na hipótese de que aquele que “viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na Internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos direitos de personalidade de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas (...)”. A consequência, é o entendimento de que não basta a mera retirada de conteúdo ofensivo, pois diante da crescente onda

---

<sup>229</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.117.633/RO. Relator: Min. Herman Benjamin, DJe de 26/3/2010.

de conteúdo ilícito em redes sociais é imperiosa uma atitude preventiva por parte da aplicação de internet que deve agir não apenas quando suscitada a ilicitude.

O entendimento implica em um juízo prévio do conteúdo pela aplicação de internet, no caso, uma extinta rede social. Assim, não basta a mera identificação e exclusão posterior de um conteúdo supostamente ilícito, cabe a aplicação de internet demandar ativamente na análise do mérito, decidindo o que é ilícito ou não. Trata-se de um dever de vigilância exercido pela aplicação de internet. Por outro lado, no julgamento do REsp 1.193.764/SP da 3ª Turma e de lavra da Min. Nancy Andrighi ao analisar o recurso especial oriundo de ação de indenização por conteúdo ilícito postado por usuário em aplicação de internet (em espécie, rede social) entendeu que a fiscalização prévia não é um dever da rede social, *in verbis*:

“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.”

Portanto, se observa claramente que no caso em tela, tratando-se de aplicação de internet cujo serviço seja rede social, a opção foi pela aplicação do CDC para o reconhecimento da relação de consumo entre o usuário e a aplicação. No entanto, sobre o dever de fiscalização prévio de conteúdo publicado por seus usuários, o entendimento adotado foi de que em virtude da natureza do serviço não se figura este com o dever de fiscalizar previamente. Corolário lógico, por não ser de sua natureza, não há que se falar em defeito. Assim sendo, o dano moral advindo do próprio conteúdo ofensivo, por não constituir o risco inerente à atividade, não se incidirá a responsabilidade objetiva, seja a do CDC (art. 14) ou a do CC/02 (art. 927, parágrafo único)<sup>230</sup>. Conseqüentemente, cumpre-nos estabelecer critérios mínimos para adequar o sistema da responsabilidade civil com a realidade virtualizada da internet. Para tanto, analisaremos o suporte fático no qual as normas jurídicas vigentes serão cotejadas com sua posterior adequação e interpretação da responsabilidade civil renovada.

A sociedade mudou, e a complexidade de sua mudança transformou a maneira como consumimos e interagimos, pois a principal característica dessa transformação não é somente a desterritorialização proveniente da globalização ou a aproximação das pessoas e Estados. Inobstante a contemporaneidade do tema, dados os incentivos econômicos da sociedade moderna, o grande diferencial da sociedade atual é a potencialização da imaterialidade, ou como alguns autores preferem, a virtualização. Em termos históricos, o marco da mudança do material para o imaterial se deu com a transformação do analógico para o digital. Já estendendo o termo do imaterial para o virtual, é possível afirmar que essa mudança ocorreu quando o homem inventou o telefone,

---

<sup>230</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. (Org.); GUARIENTO, Daniel Bittencourt. **A responsabilidade civil das redes sociais virtuais pelo conteúdo das informações veiculadas**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 246.

conseguindo, portanto, virtualizar sua voz. Foi a primeira vez que o homem viu a virtualização de um sentido, o primeiro traço da ubiquidade, pois foi possível estar em lugar diverso daquele que seu corpo físico. Afinal de contas, onde está a voz? Nesse sentido, a lição de Stefano Rodotà que ao abordar a tecnologia e o direito leciona que:

*“Il corpo si presenta come un oggetto giuridico nuovo. Ma la difficoltà del giurista e del legislatore non derivano soltanto da un obbligo di aggiornamento delle categorie nascono dal fatto che viviamo in un tempo nel quale la ricerca di punti comuni di riferimento appare particolarmente faticiosa per la mancanza di valori condivisi e per il carattere marcatamente pluralistico ormai assunto dalle nostre organizzazioni sociali”<sup>231</sup>.*

Assim, a imaterialidade é aquilo que não é tangível, situando-se em espaço não definido, mas passível de acesso e manipulação pelo homem. Na propriedade intelectual, sabemos que a proteção do imaterial se dá não com a simples manifestação da ideia, mas tão somente com a sua exteriorização. É dizer que, para que ocorra a proteção da propriedade intelectual *lato sensu*, não basta uma ideia, mas sim o retorno concreto desta ideia em alguma forma passível de tutela pelo sistema da proteção da propriedade intelectual. Essa noção é importante, pois nos sugere o que seria o imaterial, dando concretude ao termo que essencialmente identifica a característica de algo que não está disponível ao tato.

A revolução tecnológica trouxe para a sociedade moderna a necessidade de produtos essencialmente imateriais. Onde antes consumíamos fundamentalmente a produção de grandes fábricas e linhas de produção que forjavam e montavam peças sobrepostas em uma engrenagem única, hoje consumimos essencialmente a tecnologia imaterial e, inclusive, essa tecnologia, atualmente, ocupa espaço fundamental nos produtos materiais que surgiram na década de 70 e sofreram atualizações após a revolução tecnológica. Os desentranços potencializados pela imaterialidade são infinitos, balizados apenas pela criatividade humana, que julga os parâmetros lógicos que serão interpretados pelos dispositivos eletrônicos. A internet, por sua vez, concedeu ao homem o poder de comunicação interativa em rede. Sua base estrutural possibilita a troca de informações entre um grupo infinito de usuários. Diante dessas características, como adequar o sistema da responsabilidade civil para as aplicações de internet? Nos parece inevitável o esclarecimento de conceitos e adequação de novos critérios.

Durante cerca de vinte anos, a internet pairou no campo campo social no qual vigorava a timidez legislativa para regular os reflexos de seu uso. Não que a internet fosse desde sua concepção um espaço de livre direito, pois ao campo desconhecido da tecnologia se aplicavam e se aplicam os princípios jurídicos, a Constituição de 1988, o Código Civil e o Código de Direito do Consumidor. Todavia, a ausência de legislação específica que norteasse o intérprete gerava incertezas, inverdades e imprecisões. Entretanto, a tendência atual no cenário jurídico brasileiro se

---

<sup>231</sup> RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti**. Bologna: Il Mulino, 1999. p. 204.



transformou com o advento do MCI que assentou, expressamente, os princípios, direitos e deveres a serem aplicados na internet.

Como já referido, não nos é único o predicado de tratar da responsabilidade civil das aplicações de internet. Na esteira do presente estudo, destacam-se<sup>232</sup> a doutrina de Guilherme Magalhães Martins (2008)<sup>233</sup>, Bruno Miragem<sup>234</sup> (2011) e Paulo Roberto Binicheski (2011)<sup>235</sup>. Preliminarmente, cumpre-nos esclarecer a escolha da nomenclatura “aplicações de internet” que ora é utilizada. Sobre essa escolha, coube ao MCI estabelecer genericamente como um dos sujeitos da internet o que o próprio denomina como “aplicações de internet” no inciso VII, art. 5º que insculpe: “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet.”. A opção do legislador foi esclarecer as inexatidões e imperfeições que por vezes surgiram na doutrina e jurisprudência, através de um dispositivo que esclarece de forma abrangente o conceito.

Portanto, para nós, as aplicações de internet são qualquer mecanismo informático que conduza a uma interatividade na rede mundial de computadores, seja entre o usuário e servidor ou usuário e usuário. Nesse sentido, uma aplicação de internet poderá ser um *web site* que permita a leitura e acesso a conteúdos, o blog, o e-mail, a rede social, o software que se conecte à internet e diversas outras modalidades de estruturas lógicas. Do ponto de vista de abrangência, o espectro deixado pelo legislador é extremamente amplo. Contudo, a característica fundamental que conceitua uma aplicação como à do inciso VII, art. 5º do MCI é, justamente, sua capacidade de se conectar à internet. Isso porque nem toda aplicação informática possui a capacidade ou a intenção de se conectar a internet. Um exemplo, poderá ser um editor de texto amplamente utilizado, que, via-de-regra, se não instalado um *addon* ou *plugin* para tanto, não se conectará à internet<sup>236</sup>. Na mesma linha, o editor de texto que se conectar na internet para armazenar e sincronizar arquivos será considerado aplicação de internet. Observa-se que em instantes a aplicação de internet poderá existir ou não.

Em decorrência da comunicação permitida pela internet, algumas aplicações foram criadas para permitir e incentivar a troca de informação e interatividade, como é o caso das redes sociais, dos mecanismos de busca, dos serviços de e-mail, dos fóruns, dos blogs e microblogs, das redes de

---

<sup>232</sup> Sobre a responsabilidade civil dos provedores de internet e o direito internacional privado: TELLINI, Denise Estrella. **Regime de direito internacional privado na responsabilidade civil dos provedores de internet**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. *Passim*.

<sup>233</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>234</sup> MIRAGEM, Bruno. A responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da internet. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 70, 2009. p. 41.

<sup>235</sup> BINICHESKI, Paulo Roberto. **Responsabilidade civil dos provedores de internet: direito comparado e perspectivas de regulamentação no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

<sup>236</sup> Salvo quando configurados previamente para sincronizar na nuvem, como é o caso do Pages da Apple o Microsoft Office Online.

chat, dos jogos digitais e etc. Essas aplicações, a julgar o caso concreto e de acordo com sua natureza, permitem a interação entre seus usuários e podem ou não armazenar as informações trocadas. Ainda que não as armazenem, as informações nas aplicações de internet são permitidas em face dos mecanismos e estruturas criadas por seus administradores.

Por este fato, a análise da natureza da aplicação de internet é extremamente valiosa para que se harmonize a reparação da vítima de dano no ambiente digital. Será em face de sua arquitetura e objeto operacional que o intérprete deve adequar o sistema da responsabilidade civil. Quanto aos danos que ocorrem nas aplicações de internet, na maioria das vezes versam sobre direitos de personalidade. Ainda que, por vezes, a sua natureza seja indissociável e, inclusive, confuso dos danos materiais, a prevalência dos danos de personalidade é inegável. Assim sendo, a jurisprudência é vasta sobre o tema onde não raras vezes encontramos os fenômenos da exposição ilícita de conteúdo pornográfico que revelam a privacidade e intimidade de um indivíduo, ou ofensas à personalidade em sentido amplo. O fato ocorre quando um usuário da rede divulga conteúdo privado de terceiro, sem sua autorização, que em poucos segundos ou milissegundos são compartilhados em escala global. As visualizações podem ultrapassar a casa dos milhões. Cinge-se esclarecer que nem sempre as redes sociais são os lugares de tal atividade, ainda que se perceba uma predileção em se tornarem palcos de fatos vexatórios. É possível que se crie na internet um *web site* ou uma conta em um sistema de blogs que permita a publicação de inverdades ou, como referido, se exponha conteúdo íntimo não autorizado.

Não obstante, existem os casos de *cyberbullying* onde um ou o grupo de usuários atua com diversas técnicas para atingir a moral de outro ou, inclusive, de um grupo étnico. Da mesma forma, o período eleitoral que deveria ser o maior momento cívico e democrático da sociedade moderna se resume a ofensas, difamações e perseguições virtuais. Essas ações fulminam incontáveis vítimas, em face da imaterialidade e do distanciamento físico permitidos pela técnica que, por sua vez, proporciona a disseminação de danos à personalidade na rede. Há, sem dúvidas, um risco concreto aos direitos da personalidade em algumas aplicações de internet.

Nesse sentido, a questão é auferir a natureza da atividade da aplicação de internet. No espaço virtual, há dezenas de aplicações, e a cada uma delas caberá verificar como o exercício de sua atividade ocorre no ambiente virtual. Essas afirmações, mesmo que aparentemente óbvias, figuram importantes diante da pluralidade de modelos de negócios que são desenvolvidos no ambiente virtual. Nem todo ambiente virtual é comércio ou tão pouco rede social. Existe uma gama

de negócios, contratos e interações entre os usuários, e é dentro dessa perspectiva que se deve interpretar o Direito<sup>237</sup>.

O que cabe agora é compreender a internet como um ambiente virtualizado onde há um verdadeiro desdobramento da realidade. Na entendimento de Pierre Lévy, a virtualização consiste em uma passagem do atual para o virtual<sup>238</sup>, onde a noção de espaço se transforma para um objeto ou sujeito. Atualmente a internet é uma dos principais exemplos do conceito de virtualização. Sobre o tema, Pierre Lévy leciona: “A empresa virtual não pode mais ser situada precisamente. Seus elementos são nômades, dispersos, e a pertinência de sua posição geográfica decresceu muito”<sup>239</sup>.

É justamente nesse ambiente e com essas características que vamos aplicar a responsabilidade civil para reparar os danos ocorridos.

O MCI conferiu uma sessão específica para o tratamento da responsabilidade civil por conteúdos gerados por terceiros. Do art. 18 ao 21 são delineadas as regras atinentes ao tema da responsabilidade civil, quando houver dano originário de conteúdo gerado por terceiro. Assim sendo, quando se aplicará o microsistema do MCI? A lei 12.965/14 foi criada com o objetivo de determinar os princípios e deveres dos sujeitos da internet. Deve-se dizer, que inobstante ainda deixar espaços para regulamentação, o MCI determina sua aplicação, nos casos nele previsto, mas, principalmente, quando tratar-se de direitos na internet ou da internet. Por óbvio, não se exclui o CC/02, o CDC ou tão pouco a CF/88 quando figurarmos diante de situação que envolva a internet. No entanto, por ser o MCI uma lei extremamente principiológica e específica, a partir de agora, devemos levar em conta sua aplicação.

Ao tratarmos a responsabilidade civil da internet no MCI, de pronto se verifica que o legislador insculpiu no art. 18 a exclusão dos provedores de acesso à internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros<sup>240</sup>. Aqui cabe lembrar a própria nomenclatura que ao nosso ver foi interpretada equivocadamente pela doutrina e jurisprudência. No caso, consideram-se os provedores de acesso a internet (ISPs) as pessoas jurídicas que possuem a capacidade técnica e legal

---

<sup>237</sup> Muitos dos negócios na internet são baseados no que se chama *big data*. A *big data* é o termo dado para as informações e dados gerados por indivíduos, aplicações, tempo ou qualquer informação que possa ser mensurada e processada. Através da coleta de informações é possível construir tanto um perfil como a *big picture* de um determinado fato ou acontecimento. Um exemplo é a informações e notícias de empresas que quando mensuradas e processadas podem informar e categorizar um negócio como de risco ou não. Do mesmo modo, quando um usuário navega na internet e se depara com seus objetos preferidos em anúncios ele está diante do seu perfil virtual que foi criado através do cruzamento de seus dados e informação de navegação. Na mesma senda, há o exemplo de determinados grupos cujas informações genéticas são colhidas para fins científicos. Veja: SCHÖNBERGER-VIKTOR, Mayer; CUKIER, Kenneth. **Big data**: a revolution that will transform how we live, work and think. Nova York: Eamon Dolar Book, 2013. Sobre o tema da proteção de dados na sociedade da informação: MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>238</sup> LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: Editora 34. p. 17.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>240</sup> Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

para promover a conexão e autenticação entre o usuário e a rede mundial de computadores<sup>241</sup>. A natureza jurídica desses serviços figura como atividade de meio para a conexão com a internet. Em outras palavras, é pelo provedor de acesso à internet que ocorre a autenticação entre o usuário e o servidor, que permite a conexão e a consequente atribuição de um endereço IP. Para nós, não é correta a nomenclatura que por vezes se utiliza para nomear uma mídia digital como um *web site* de notícias ou uma rede social. Provedor de internet, na técnica mais precisa, é aquele que promove a conexão da internet, não aquele que fornece conteúdo de cunho midiático, informativo ou até mesmo um *e-commerce*. Se assim fosse, poderíamos atribuir o cunho de provedor para todo e qualquer *web site* que figurasse com algum tipo de comunicação. Nesse sentido, andou bem o MCI ao distinguir o provedor de internet da aplicação de internet<sup>242</sup>.

Portanto, provedor de internet é aquele que promove a conexão do usuário à internet. Sistemas de armazenamento de arquivos, conteúdos ou qualquer outra aplicação na internet que não realiza essa atividade de conexão não será considerada como provedor de internet e sim aplicação de internet *lato sensu*<sup>243</sup>. A diferença na nomenclatura é de extrema importância, tendo em vista a natureza da atividade exercida por um provedor de internet e por uma aplicação de internet ou provedor de aplicação, o que poderá mudar drasticamente seus deveres e obrigações perante terceiros. Em decorrência do amplo debate com a sociedade foi possível corrigir os termos e conceitos, pois deve-se considerar que o MCI é uma lei que aproxima o direito da técnica.

Por essa razão, o MCI optou por excluir a responsabilidade civil do provedor de acesso quando o usuário utilizar a conexão promovida pelo provedor para gerar conteúdo ilícito na internet. Essa opção deu fim à grande discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pois corrigiu a doutrina que, em não raros casos, confundia provedores de internet como qualquer *web site* de conteúdo ou rede social o que poderia gerar, ao final, uma total inadequação do sistema de responsabilidade civil a ser utilizado.

Superada a exclusão dos provedores de internet da responsabilidade civil por conteúdo gerado por terceiro, passamos a analisar a responsabilidade das aplicações de internet nesses mesmos casos. Cumpre dizer que a aplicação de internet é um gênero do qual a rede social, o blog, o mecanismo de busca, o site pessoal ou qualquer outra aplicação informática que possa se conectar

---

<sup>241</sup> No caso de provedores de internet, pois é possível a existência de servidores que promovem a conexão na intranet.

<sup>242</sup> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet.

<sup>243</sup> Ainda que se faça um esforço para considerar como correta a utilização do termo “provedor de serviços”, em termos técnicos a sua consideração permanece carente de certeza. Vale lembrar que o Marco Civil da Internet é uma lei onde sua aplicação versa sobre relações na internet. A internet, por sua vez, é uma estrutura de comunicação assentada em elementos técnicos. Essa estrutura, desde sua criação, possui diversos serviços e protocolos próprios onde sua função é estritamente vinculada com seu nome. Nesse sentido, firmou-se como provedor de serviços as empresas que prestar a autenticação do usuário à rede.

à rede são espécies. Com isso, o MCI assentou a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema em seu art. 19, que segue:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Já no início da leitura do art. 19, verifica-se a importância dada ao princípio da liberdade de expressão para o MCI. Fundamentalmente, a internet que temos atualmente se desenvolveu no ambiente universitário. Inobstante tenha sido criada pelos militares americanos foi na universidade que se desenvolveram os principais conceitos e fundamentos que arquitetam a internet até hoje. Em poucas linhas, essa origem alicerçou a liberdade de pensamento, expressão e trabalho colaborativo que se desenvolve na rede. Nessa senda, a liberdade de expressão foi eleita um dos princípios fundamentais do MCI e pode ser cotejada durante todo o seu regramento. Desse modo, não diferente foi a opção do legislador ao priorizar a liberdade de expressão quando tratou da responsabilidade civil das aplicações de internet.

Nesse diapasão, para que se configure o dever de reparar oriundo de conteúdo ilícito gerado por terceiro em aplicação de internet é preciso que antes ocorra ordem judicial específica para tanto. O que se vê é a escolha pela responsabilidade subjetiva da aplicação de internet que ocorrerá quando, após “ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente”. A dúvida sobre a necessidade de verificação prévia de conteúdo foi dirimida pelo MCI, mas apenas a repassou para o Poder Judiciário. Trata-se de uma nítida judicialização de uma revisão do conteúdo da aplicação de internet, feita *a posteriori* no caso de não tomar as providências cabíveis para a retirada do conteúdo.

Em grande parte, são os direitos da personalidade que são violados na internet<sup>244</sup>, que estão de forma não exaustiva previstos nos arts. 11º a 21 do CC/02<sup>245</sup>. De um modo geral, esses direitos se desdobram na violação da honra, da imagem ou da privacidade. A forma de proteção dos direitos de personalidade que dispõe o CC/02 está previsto no seu art. 12º que prevê: “Pode-se exigir que

---

<sup>244</sup> No original: “The elements of defamation vary slightly by state; but, generally, a statement is defamatory if it is false, unprivileged, and harms the reputation of another, or deters third persons from associating or dealing with another”. HUNTER, Sheri. Defamation and privacy laws face the Internet. **Communications Lawyer**, v. 17. n. 3. 1999. p. 16-28.

<sup>245</sup> Enunciado 274 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal - Art. 11 - Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral da tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Pois, além das tradicionais medidas cautelares e tutelas antecipadas em que se requer a suspensão dos atos ilícitos, acrescentou-se a medida do art. 19 do MCI que requer a indisponibilização do conteúdo ofensivo. No entanto, o que o art. 19 do MCI preceitua é a mitigação do intuito reparatório quando houver danos à personalidade, mesmo que em seu § 3º determine que nesses casos é possível a guarida da pretensão nos Juizados Especiais.

Por outro lado, quando o dano se originar da exposição de imagens, vídeos ou de outros materiais de cunho sexual, a responsabilidade civil das aplicações de internet que as disponibilizarem será subsidiária. Nesses termos, o art. 21 do MCI assim dispõe:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Portanto, no caso de disponibilização de conteúdo de cunho sexual, quando a aplicação de internet for notificada extrajudicialmente e não indisponibilizar o conteúdo, poderá ser responsabilizada subsidiariamente pela violação da intimidade. Salienta-se, ainda, a expressão posta sobre os “limites técnicos” reativa à discussão sobre a possibilidade técnica de remoção do conteúdo ou não. Do nosso ponto de vista, é tecnicamente possível a remoção dos conteúdos apontados como ilícitos. Um exemplo disso, são os conhecidos algoritmos utilizados pela indústria da tecnologia para indisponibiliza ou remover conteúdos que se relacionem com bens protegidos pela propriedade intelectual. Na breve busca em sites abertos ou mecanismos de busca se percebe que muitas páginas são ou foram suprimidas nos resultados por vincularem bens protegidos por leis norte-americanas de *copyright* onde, inclusive, é possível ver a queixa que causou a remoção. Nesse sentido, mesmo que tecnicamente possa ser onerosa a indisponibilização completa dos conteúdos apontados como indevidos, o desenvolvimento e aprimoramento de algoritmos pode diminuir drasticamente a sua reincidência. O que se sugere é o mesmo empenho que a indústria da tecnologia da informação utiliza para proteger o *copyright* na busca para a proteção dos direitos de personalidade na internet.

Assim como o tema da capacidade técnica que permite a não efetividade da remoção do conteúdo indevido, o parágrafo único condiciona a notificação a elementos que possam apontar, corretamente e precisamente, o conteúdo violador da intimidade. Do mesmo modo em que no art. 19 se requer o ajuizamento de demanda para a remoção de conteúdo supostamente indevido, o art.

21 obstaculiza a tutela da reparação de danos ao passo em que impõe entraves técnicos e jurídicos para a vítima.

## **II.b. Interpretação da responsabilidade civil por conteúdo indevido do Marco Civil da Internet**

Durante o discorrer dos tópicos anteriores, marcamos a importância da mutação social que a internet desenvolveu na sociedade e na economia. Consequentemente, transformações sociais pedem o avanço e a renovação dos sistemas jurídicos para que se compatibilizem com a marcante sociedade da informação. Ainda que a internet permita um nível de informação nunca visto antes, o poder de comunicação dos fornecedores se potencializou de modo que agravou a vulnerabilidade<sup>246</sup> do consumidor na internet. Entretanto, a sensação de liberdade de expressão e escolha na internet, do ponto de vista do consumidor, pode ser falaciosa. Se em momentos posteriores os comerciantes alinhavam os produtos em estantes ou vitrines de acordo com os transeuntes que circulavam pela região, hoje o poder do código entrega a informação pasteurizada, selecionando os anúncios, os produtos e preços de acordo com nossos hábitos de consumo.

Por outro lado, a internet entregou ao consumidor o poder da pesquisa e comparação, mas enganam-se aqueles em que o poder está no *click* do consumidor. O que podemos pactuar é que a internet diminui a assimetria de informação entre o consumidor e fornecedor, pois permite que o usuário pesquise sobre o produto, leia ou assista a *reviews*. Entretanto, a adesão aos termos do contrato são e ainda permanecem no controle do fornecedor. Ao invés de testar um produto eletrônico, como é possível fazer no estabelecimento comercial físico, no *e-commerce* o consumidor pactua baseado na confiança do estabelecimento digital e da informação que se dispõe. Nesse sentido, a redução da assimetria é permitida pela rede de compartilhamento de informação criada pelos próprios consumidores, que Behrang Rezabakhsh, Daniel Bornemann, Ursula Hansen e Ulf Schrader definem como “poder do consumidor”<sup>247</sup>.

Contudo, no tema da responsabilidade civil o descompasso entre o usuário e aplicação agravou-se. O que não é surpresa em face da turbulenta fase que a responsabilidade civil passa como um todo. Em se tratando de sua aplicação frente aos danos à personalidade na sociedade da informação, os utensílios anteriormente usados precisam ser substituídos por renovados aparelhos

---

<sup>246</sup> Sobre a vulnerabilidade do consumidor nos contratos eletrônicos, veja: KLEE, Antonia Espíndola. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 245-304.

<sup>247</sup> REZABAKHSH, Behrang; BORNEMANN, Daniel; SCHRADER, Ulf. Consumer power: a comparison of the old economy and the internet economy. **Journal of Consumer Policy**, v. 29. n. 1. p. 3-36.

jurídicos que funcionem ao encontro do sujeito. Exige-se que o intérprete observe a relação criada entre o usuário e consumidor com a natureza das aplicações de internet.

Como já referimos, a natureza das aplicações de internet são distintas. Considerando a fluidez desses novos modelos de negócio, no qual grande parte do seu objeto de lucro é o *cross-marketing* ou a venda de anúncios, o liame que vincula o serviço ofertado e a interação do consumidor da rede é imprescindível para adequarmos o modelo de reparação de danos a ser utilizado. Como vimos anteriormente, o vínculo que há entre o consumidor usuário e a aplicação de internet é contratual. Genericamente falando, a considerar uma rede social, em um lado a aplicação de internet permite que o consumidor utilize sua plataforma para criar vínculos com outros usuários, publicar conteúdo (texto, imagem e vídeo), criar comunidades e outras dezenas de interações que são acrescidas paulatinamente nesses serviços. Do ponto de vista do consumidor, este autoriza a visualização de anúncios e a cessão de muitos dos seus dados pessoais que por ele são postados diariamente.

Nesse sentido, faz-se imperiosa a reflexão sobre quais deveres decorrem dos contratos entre as aplicações de internet e os usuários consumidores. Sem titubear, os deveres gerais de conduta de boa-fé, transparência, lealdade, confiança e assim por diante são aplicáveis na relação entre a aplicação e seus usuários. O que o usuário consumidor espera da aplicação de internet é que em caso de sofrer algum dano em sua plataforma, seja possível sua reparação. Observa-se, mesmo questionada a possibilidade de identificação do usuário transgressor ou agente que promoveu o dano que a importância orbita na reparação da vítima. A aparente obscuridade dos contratos eletrônicos, que dificulta a identificação dos deveres que as aplicações de internet, é inerente ao próprio cerne de estudo da teoria dos contratos. Em face da contemporaneidade dessas relações contratuais, a jurisprudência e doutrina ainda carecem de exatidões e deveres que deve ser seguidos. Contudo, Pothier leciona que existem características que podem distinguir todos os contratos<sup>248</sup>. Nesse caso, o autor assenta que essas características são próprias a natureza do próprio contrato. Significa dizer que, ainda que as partes não tenham pactuado no sentido de determinado dever ou obrigação, existem atributos que contemplam uma zona entre a essência do contrato e aquelas que são acessórias ao contrato<sup>249</sup>.

Nesse sentido, determinadas características são identificáveis ao contrato e, mesmo que se considerem acessórias, a exclusão destas intensificará a vulnerabilidade do consumidor no uso da

---

<sup>248</sup> POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones**. Buenos Aires: Heliasta, 1978. p. 15.

<sup>249</sup> Nesse viés, Pothier exemplifica: “En el contrato de venta, la obligación de garantía, que el vendedor contrata para con el comprador, es de la naturaleza del contrato de venta; por cuanto el vendedor contrata, al vender, esta obligación para con el comprador, bien que las partes contratantes no se hayan explicado sobre el mismo y que no se haya dicho una sola palabra acerca del particular en el contrato; mas siendo esta obligación, de la naturaleza y no de la esencia del contrato de venta, el contrato de venta puede subsistir sin esta obligación (...)”. *Ibidem*, p. 16.



aplicação de internet. Em decorrência disso, a lei que determinar a exclusão ou mitigação de algum dever contratual inerente a própria natureza do contrato estará legislando contra o consumidor virtual, o que é inconcebível em nosso ordenamento jurídico.

Precisa-se assentar o entendimento de que a capacidade técnica e a informação de como os mecanismos informáticos atuam são de propriedade do fornecedor. É inegável a robustez das aplicações de internet modernas que manejam conteúdo postado por seus usuários, o que comprova a possibilidade de se criar mecanismos tecnológicos para também coibir ou mitigar os ilícitos a personalidade nesse ambiente. Os dispositivos que tratam no MCI sobre a responsabilidade civil estão cristalinamente preocupados com a proteção do fornecedor de serviços de conteúdo, qual seja, a própria aplicação de internet, e não com a reparação da vítima, nem em promover meios transparentes e concretos da vítima ter revelada a identidade, localização e dados técnicos do usuário ofensor. Sob o argumento da liberdade de expressão, o MCI diminui a proteção da personalidade, bem intangível e intrínseco ao direito à vida e dignidade da pessoa humana. Daí a necessária readequação da responsabilidade civil para compatibilizar o caminho que, doutrinariamente e jurisprudencialmente já havia avançado e, a nosso ver, retrocedeu com o Marco Civil da Internet.

Para tanto, a interpretação da responsabilidade civil renovada deve se apoiar na análise de seus pressupostos tradicionais e a pertinência da sua utilização nos casos que envolvam danos por conteúdo disponibilizado em aplicações de internet. Com isso, a análise do dano é importante para a averiguação da necessidade ou não do ressarcimento por sua configuração. Na lição de Catlin Sampaio Mulholland<sup>250</sup>, a doutrina apresenta duas hipóteses de conceitos para o dano. Assim sendo, dano pode ser a lesão a um interesse próprio de uma pessoa, compatibilizando sua natureza com o valor atingido: moral ou material.

Nessa esteira encontra-se a doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes, que traz a acepção do dano injusto como aquele que atinge a dignidade humana, associando-se à necessidade de reparação civil<sup>251</sup>. Paulo de Tarso V. Sanseverino destaca que a ilicitude “significa a contrariedade do fato não apenas à lei, mas ao direito como um todo o que inclui a violação dos princípios fundamentais do ordenamento”<sup>252</sup>. Em um panorama de danos deve-se destacar aquele que está qualificado pela injustiça do dano. Assim sendo, afasta-se a análise subjetiva da conduta e se aceita a reparação pelo dano resultado de ato ilícito ou lícito. A intenção é a proteção da pessoa em face de danos promovidos contra sua personalidade. Nesse caso reconhece-se que os danos a personalidade

---

<sup>250</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 25.

<sup>251</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 175-181.

<sup>252</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 179.

são injustos, pois passíveis de abalar a dignidade da pessoa humana da vítima, razão pela qual, devem ser ressarcidos. A ideia de ressarcimento sugere a quantificação do valor indenizatório. Cinge-se que não cabe a nós delimitar valores ou precificar o dano à personalidade sofrido por conteúdo publicado em aplicação de internet, até porque se trata da limitação imposta à própria aplicação da teoria do direito de danos.

Por conseguinte, através da análise da culpa, a responsabilidade civil tradicional que expusemos anteriormente, constrói o dever de indenizar. Pela noção da responsabilidade civil do individualismo, a imputabilidade demandava o saber sobre a situação tutelável e passível de demandar um resultado adverso. Desse modo, o indivíduo responde apenas pelo resultado atribuível a ele. Nessa perspectiva, como vimos no primeiro tópico, a ação deverá ser contrária ao direito ou a um dever preexistente. Sendo assim, se assumirmos a aplicação da responsabilidade civil baseada na culpa, o dever preexistente das aplicações de internet é a diligência em face de conteúdo apontado pelo usuário como indevido. Ainda que não se judicialize o caso concreto, espera-se que a aplicação de internet crie mecanismos que não visem a censurar previamente o conteúdo, mas que ao ser suscitada alguma informação relevante a respeito de conteúdo dado como impróprio pela comunidade é imprescindível que faça-se uma prévia análise da pertinência de indisponibilização ou não. Não se trata da criação de filtros que atuem antes da reclamação do usuário consumidor, mas da análise posterior à reclamação.

A inércia da aplicação de internet em face da reclamação ou notificação extrajudicial do usuário sobre conteúdo supostamente ilícito, cotejada com a responsabilidade civil subjetiva, poderá resultar na falta do dever genérico de conduta diligente. Diante de uma rede interativa de usuários onde é permitida a troca de informação que é armazenada e processada em servidores da arquitetura por esta disponível, se espera o mínimo de diligência para o tratamento de casos sensíveis a resultar dano à pessoa. Frise-se, estamos diante da lógica liberal-individualista, que ao nosso entendimento, não mais deve atuar no tratamento dos casos de responsabilidade civil. Todavia, mesmo nessa lógica, o dever de indenizar das aplicações de internet é amplamente aceito e plausível, sem grandes esforços hermenêuticos e dogmáticos.

Isto posto, há a tendência de contemplar apenas o descumprimento do dever juridicamente esperado para que ocorra a obrigação de indenizar. Por esse entendimento, não há que se falar em culpa para a necessária configuração da reparação, de modo que a conduta consciente ou não do autor é indiferente para eclodir a obrigação reparatória. Na doutrina de Marcos Catalan, sobre a violação dos deveres gerais de conduta: “parece derivar do valor que assume a necessidade de proteção da vida, valor que, ao lado da integridade psicofísico e de outros vetores que compõe o conjunto (aberto) de direitos da personalidade, justifica a existência - ainda que não os limite a essas

situações - dos deveres sob análise<sup>253</sup>. A consequência da imposição da culpa para a imputação do dever de reparar resulta no ardiloso argumento reverso de agir em compasso com os deveres gerais de conduta para evitar os efeitos danosos<sup>254</sup>. Ao considerar que tratamos dos danos à personalidade na internet, e estes sendo vinculados à dignidade da pessoa humana e do direito à vida, não há como prever, individualmente, qual conteúdo poderá gerar dano à uma vítima específica. Consequentemente, o mesmo fato gerador ou conteúdo ilícito poderá ou não gerar dano, cabendo analisar as circunstâncias do caso concreto.

No caso das aplicações de internet, por vezes se percebe facilmente a existência de um conteúdo danoso que se multiplica e se desdobra pela rede em milissegundos. Podemos, inclusive, referir que, não raras vezes, é o conteúdo danoso que se destaca na miríade de informações. Em um dia ou semana é possível que um conteúdo supostamente causador de dano atinja milhares de visualizações ou compartilhamentos. Dessa forma, o alarmante conteúdo deve despertar a atenção dos responsáveis pela aplicação que os processe, ainda que de modo computadorizado; através de algoritmos que destaquem conjuntos e conexões de palavras ou imagens<sup>255</sup> que possam sugerir alguma ilegalidade ou mediante análise humana que de forma eficaz aponte a possível ilegalidade.

Por consequência, o movimento de objetivação da culpa se faz de extrema relevância. Nesse viés, Catlin Sampaio Mulholland sustenta que há duas hipóteses de culpa contemporânea, que se divide nas condutas antijurídicas que são realizadas por uma negligência *lato sensu* ou a conduta diligente e lícita que resultem em um resultado danoso<sup>256</sup>. A análise desse fenômeno sustenta-se na desmistificação da necessidade de reprovação moral da conduta em virtude da nova renovação de que o direito privado está imbuído, onde não se admite, para a consecução dos objetivos constitucionais, a confusão de pena e reparação. Nessa perspectiva, a aplicação de conteúdo de internet, seja pela capacidade técnica ou por sua capacidade econômica, possui melhores condições de evitar ou diminuir o dano.

O retorno da análise da culpa na responsabilidade civil em caso de manutenção de conteúdo danoso nas aplicações de internet seria um grande retrocesso<sup>257</sup>. Em outra medida, a análise da

---

<sup>253</sup> CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 156.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>255</sup> Ressalvamos que a tecnologia da informação demonstra capacidade técnica de reconhecimento facial de imagens dentro das próprias redes sociais, que apontam e sugerem a marcação de outros usuários. No mesmo sentido o relacionamento de palavras e técnicas de expressões regulares permitem maior exatidão de determinados textos em contextos específicos. A vista disso consideramos que alguma medida técnica deve ser tomada em decorrência da possibilidade de que nem todo conteúdo postado, publicado, disponibilizado, processado ou armazenado será lícito.

<sup>256</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 43-44.

<sup>257</sup> Em obra que examina a culpa na responsabilidade civil Marcelo Junqueira Calixto relembra que no final do século XIX a exigência da culpa por parte da vítima do dano figurava como verdadeira *probatio diabolica*. Ao nosso ver o referido fenômeno jurídico ocorrerá se a carga probatória do Marco Civil da Internet prevalecer em detrimento da

causalidade que vincula a conduta ao evento danoso é atribuível ao presente estudo. O nexo causal que identifica o agente causador do dano e o obriga a reparar também possui função limitadora da indenização. No caso dos danos à personalidade nas aplicações de internet, seja pela conduta culposa ou pela adoção da teoria da atividade de risco, é presumível a existência do liame entre a aplicação de internet e o dano. Sobre o tema, Caitlin Sampaio Mulholland leciona com exatidão o que podemos coadunar com o caso das aplicações de internet que disponibilizam conteúdo:

“A questão em torno do nexo de causalidade a que nos reportamos, portanto, diz respeito a determinadas situações, previamente delimitadas pela jurisprudência e pela doutrina - ainda que em menor contribuição exemplificada -, em que, por dificuldade da vítima em determinar com precisão a existência de uma ligação de fato entre o dano a ela gerado e a ação ou omissão de determinado agente, se busca, por meio da técnica da presunção, definir que aquela ação ou missão imputada seja, até prova em contrário, a causadora do resultado danoso que se quer ver reparado”<sup>258</sup>.

Salienta-se, não se trata de condenar a aplicação de internet por dano gerado por terceiro pelo fato, apenas, desta estar no mercado da *commodity* digital. Ou seja, não é o caso de condenar por condenar, na intenção de buscar a todo custo o quantum indenizatório. O que defendemos é que, em virtude da atividade econômica desenvolvida, qual seja a manutenção, tratamento, processamento e alienação de conteúdo gerado por terceiros, a capacidade técnica é de inteiro domínio da aplicação de internet. Por essa razão, na maioria das vezes, a dificuldade técnica do usuário em identificar e localizar o agressor no ambiente virtual é praticamente impossível. A vista disso, devemos conceber que a aplicação de internet que atue na guarda, manutenção e tratamento de informações de terceiros deva empregar mecanismos eficazes para a verdadeira identificação dos seus usuários.

Pensem nos cadastros para o ingresso em aplicações de internet onde o grau de informações fornecidas é irrelevante para a identificação do sujeito que está por trás do teclado. Sob a perspectiva da aplicação, esse modelo é extremamente vantajoso, pois facilita o cadastro e incentiva o uso de sua plataforma. Do ponto de vista da vítima, a identificação real do usuário agressor dependerá do grau de informações que este publicar e de quais e quantas informações a aplicação de internet irá fornecer. Observemos, que sequer entramos, pois não é objeto do presente estudo, no caráter transnacional de muitas aplicações de internet onde o conflito de leis é indissociável da natureza da internet. Nessa perspectiva, a aplicação de internet que tiver funcionamento em Estado estrangeiro, seja o registro e exercício da pessoa jurídica ou a sua atividade de fato como a localização dos seus servidores, se submeter-se-á a regulamentos diversos

---

responsabilidade civil renovada. CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil**. Estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 150.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 62 e 64.

que podem dificultar a disponibilização de informações relevantes de seus usuários mal intencionados.

Em decorrência dos atributos inerentes da própria tecnologia utilizada nas aplicações de internet não será razoável impor ao usuário ofendido o dever de diligenciar para comprovar o dano, assim como a relação de causalidade com o agente agressor<sup>259</sup>. A preocupação do direito com a pessoa deve seguir as linhas do avanço da aplicação da norma que melhor coadune, inclusive, com a finalidade do ordenamento jurídico de proteção da pessoa humana<sup>260</sup>. Assim como a tecnologia da informação avança, o direito também deve continuar avançando. No entanto, é impescindível que o caminho tomado pelo avanço do direito seja aquele que aponte para o farol que ilumine a pessoa, sob pena de cairmos na escuridão e, ao final, encontremos apenas o retrocesso.

Nesse sentido, a doutrina do solidarismo acrescenta grandes perspectivas para o desenvolvimento da responsabilidade civil voltada para o sujeito. Daniel Ustároz identifica o fenômeno do solidarismo através do caminho que a própria acepção de solidariedade desenvolveu na doutrina<sup>261</sup>. O referido autor instrui que a etimologia da palavra “solidariedade” representou durante o século XIX na França a dependência entre os sujeitos e, tardiamente, foi incorporada no discurso político como apenas um desdobramento do lema republicano “fraternidade”. O trabalho da doutrina francesa para a afirmação da solidariedade como princípio de direito se apoiou na possibilidade de oferecer um caminho do meio no debate entre o liberalismo e socialismo, que ensinava encontrar um meio para estabilizar a República Francesa.

Com efeito, o princípio jurídico da solidariedade emprega ao direito a possibilidade de se interpretar o sistema e o fato com a observação dos deveres gerais de conduta. Isso porque, do solidarismo jurídico podemos ressaltar que o seu principal objeto é a promoção do bem estar da coletividade. Ainda que, se considere uma utopia um Estado pautado apenas pela preocupação entre os sujeitos e, da mesma forma, destes para com o Estado, é improvável que correntes puramente reducionistas ao solidarismo se qualifiquem para responder as inquietações do direito. No entanto, apoiados nos deveres gerais de conduta e na estrutura de princípios que exaram da CF/88, é possível que se aproxime as vulnerabilidades intrínseca à relação do homem com a internet. Por essa razão, passamos a nos valer da teoria da solidariedade para encontrar caminhos que pactuem com esse movimento geral de responsabilidade civil renovada.

---

<sup>259</sup> Ao tratar da responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelo risco no desenvolvimento Marcelo Junqueira Calixto acentua que a construção jurisprudencial que o direito brasileiro promoveu foi com a intenção de mostrar a necessidade de mutação do sistema da responsabilidade civil subjetiva para aquele que fosse capaz de atender as demandas da sociedade, que se caracterizam pela produção em larga escala e: “na qual os danos são muitas vezes anônimos”. CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 76.

<sup>260</sup> DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 90.

<sup>261</sup> USTÁROZ, Daniel. **A compensação dos danos provocados por atos lícitos no direito civil brasileiro (a partir da doutrina solidarista)**. 20013. Tese. Doutorado em Direito. UFRGS, Porto Alegre, 2013. p. 20.

A relação entre os membros da coletividade que ensejam comportamentos solidários está pautada pela assimetria de atributos dos seus sujeitos. Nessas perspectivas, a dependência recíproca retoma a sua importância na doutrina da solidariedade, pois permite que em sociedades simples os sujeitos se aproximem dos deveres de cuidados gerais. Nessa senda, Daniel Ustárroz advoga que: “À medida em que a sociedade se sofisticada e vai ganhando em especialização, perde-se a primariedade e quase inconsciência da dependência recíproca”<sup>262</sup>. Dessa assertiva, avaliamos que inobstante o desenvolvimento do princípio da solidariedade que superou a redução do critério de dependência no século XIX, configura-se inerente aos sujeitos modernos o referido atributo. Na sociedade atual, é quase uma obviedade assentar que os sujeitos estão dependentes. É nessa esteira que Manuel Castells desenvolve a tese da já citada “sociedade em rede”. Portanto, ainda que passemos a admitir que o MCI não foi legislado com a preocupação das vítimas de internet e sim com a regulamentação de determinados blocos do setor, a dependência dos efeitos da norma aos usuários e consumidores proporciona o cotejo do princípio da solidariedade. Por essas razões, Daniel Ustárroz encontra guarida na sociedade moderna com a afirmação citada anteriormente, onde a especialidade dos indivíduos indica a sensação aparente de não dependência.

As crises do direito contemporâneo estão se adequando ao entendimento da revitalização do direito civil à luz do diálogo constitucional. E é nessa esteira que o Luiz Edson Fachin discorre sobre as respostas que o ordenamento jurídico brasileiro tenta oferecer para os desafios sociais atuais<sup>263</sup>, principalmente quanto a sua constitucionalização e repersonalização. A adequação precede do reconhecimento em contribuir para a noção de consciência social que integram as estruturas jurídicas atuais. Assim sendo, os alicerces do contrato, do patrimônio e do que o autor chama de “projeto parental” distancia a atenção do sujeito no CC/02. Por sua vez, o sujeito está inserido apenas no que diz respeito ao nascimento e em poucos aspectos do desenvolvimento de sua vida social. Inobstante o desenvolvimento teórico acerca da dignidade da pessoa humana, Luiz Edson Fachin advoga que não são poucos autores que refutam a dignidade da pessoa humana como valor concreto, em decorrência de não possuir aplicabilidade direta<sup>264</sup>. Em decorrência da necessária atenção ao direito geral de personalidade para a renovação da responsabilidade civil aplicável, coube a jurisprudência, como visto, importantes avanços no campo da internet.

Nesse expediente, a obrigação geral de segurança encontra guarida, justamente, no princípio da reparação integral e da solidariedade. Quanto ao primeiro, sustenta-se na equivalência entre o

---

<sup>262</sup> USTÁRROZ, Daniel. **A compensação dos danos provocados por atos lícitos no direito civil brasileiro (a partir da doutrina solidarista)**. 2013. Tese. Doutorado em Direito. UFRGS, Porto Alegre, 2013. p. 79.

<sup>263</sup> O autor sugere que há um “vazio na doutrina civilística que vai do desconhecimento à rejeição de novas ideias”. FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. **Revista Forense**, v. 392, 2006. p. 114-125.

<sup>264</sup> *Ibidem*, p. 117.

dano e a indenização, fomentando o nosso intento nas palavras de Paulo de Tarso V. Sanseverino que o distingue como a “busca em colocar o lesado” na situação em que se encontrava antes do evento danoso<sup>265</sup>. de Na esteira de Carlos Alberto Bittar o fenômeno da objetivação da teoria da responsabilidade civil é fruto de uma complexa organização social<sup>266</sup>. Os indivíduos tornaram as relações binárias em complexos algoritmos que asseveram o risco e os sujeitam, cada vez mais, ao dano. A identificação de um nexo de imputação da obrigação de indenizar não poderá se reduzir a apenas pela culpa, principalmente nos termos gravosos que o MCI assenta no caso da remoção de conteúdo supostamente ilícito. Se os meios gravosos empregados ao usuário lesado pela própria aplicação da internet são ecoados na legislação que dispõe sobre sua regulamentação, não restará ao jurista outra alternativa senão a de aplicar a responsabilidade objetiva em virtude da atividade perigosa. O contraponto, é que a responsabilidade objetiva seja em decorrência do CDC ou em virtude do risco criado, demanda um custo social elevado para ser suportado na sociedade capitalista.

Se a própria noção de difícil dilação probatória na responsabilidade subjetiva ensejou a sua objetivação, com a imensurável velocidade da técnica na internet não é concebível que se justifique a aplicação de entraves legais a vítima. Por essa razão, realoca-se o papel da culpa para o de coadjuvante em um cenário onde a sua aferição é praticamente insignificativa para justificar o dever de indenizar. Com isso, como vimos anteriormente, resguardam-se inúmeros argumentos para a presunção da culpa. As condições do nexo causal na sociedade contemporânea por si só justificam a sua presunção. Não estamos mais diante da simples causa e efeito de um fato jurídico isolado, mas de uma cadeia de deveres não observados, seja pela aplicação de internet ou pelo usuário agressor. Cinge-se, que considerando a massificação das relações virtuais próprias da sua natureza urge a necessidade de “repersonalização” dos valores privados que Guilherme Magalhães Martins leciona como a discussão dos valores que o “sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia”<sup>267</sup>.

---

<sup>265</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

<sup>266</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

<sup>267</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 33.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a finalidade de sistematizar as ideias trazidas na presente dissertação, cumpre de forma objetiva expor algumas considerações finais que foram alcançadas através da pesquisa. A primeira versa sobre a relação dos deveres jurídicos do sistema de direito e a sua vinculação para o sujeito. Nesse viés, todos estão vinculados aos deveres jurídicos estabelecidos na norma ou no contrato. Contudo, para encontrar os deveres atinentes aos contratos na internet é imprescindível a análise da natureza jurídica das aplicações de internet. Nesse sentido, a segunda premissa versa sobre a relação contratual entre o usuário consumidor e a internet. Sobre esse tema, ainda que as aplicações, na qualidade de fornecedoras de serviços, possuam o controle técnico e jurídico do contrato é preciso adequar o instrumento para a realidade virtualizada. Em última análise, essa realidade agrava a vulnerabilidade do consumidor. Tomando como base essa nova realidade jurídica para o cotejo do Marco Civil da Internet no que dispõe sobre a responsabilidade civil, verificou-se que o modelo adotado no referido diploma, sobre os casos de danos decorrentes de conteúdos postados por seus usuários, é prejudicial ao consumidor.

O CC/02 manteve o sistema de responsabilidade subjetiva, expandindo a aplicação da responsabilidade objetiva ao acrescentar os conceitos da culpa e do risco. Com isso, o CC/02 adotou a teoria do risco criado ao estabelecer no parágrafo único do art. 927 a responsabilidade objetiva para certos casos específicos previstos em lei, assim como em razão do exercício da atividade que, por sua natureza, implicar risco para os direitos de terceiros. Nesse sentido, não há uma clareza ou definição legal para o conceito de atividade de risco. O que sugere uma notável cautela ao se interpretar e utilizar o dispositivo. Contudo, de acordo com o entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça as atividades dos “provedores de serviço de internet”- não são consideradas atividades de risco, nem atividades econômicas perigosas (REsp 1.193.764/SP e REsp 1.186.616/MG). O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas nas aplicações de internet não constitui risco inerente à sua atividade, de modo que não se aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CDC/02. Assim sendo, não se mostra adequado o entendimento daqueles que optam pela aplicação irrestrita na responsabilidade fundamentada na teoria do risco criado.

Por outro lado, não é possível considerar a aplicação da responsabilidade objetiva baseada no defeito do CDC. A não verificação prévia do conteúdo inserido por terceiro nas aplicações de internet não figura como defeito do serviço. Entretanto, de acordo com o MCI a aplicação de internet que for intimada para a indisponibilização de conteúdo ofensivo e assim não proceder será responsabilizada civilmente.

A vista disso, o MCI optou por criar um critério de filtragem judicial para os conteúdos



ofensivos em aplicações da internet. Não cabe nem aos usuários e tão pouco à aplicação de internet censurar ou editar determinado conteúdo como impróprio. A informação deve ser livre, e, quando suscitada alguma questão, essa só poderá ser removida judicialmente. O que o MCI privilegiou, foi a garantia da liberdade de expressão e informação. Todavia, não se pode olvidar que quando estivermos diante de uma relação de consumo será imperiosa a aplicação do CDC, mesmo, ainda, que trata-se de aplicação de internet. É que diante do compasso das normas e dos princípios envolvidos, a ponderação da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade de informação deverá ser resguardado o direito de defesa do consumidor vulnerável agravado pelo ambiente virtual.

Nesse sentido, o terceiro ponto de destaque que foi alcançado com o presente estudo, é que se faz imperiosa a adequação das normas jurídicas diante da importância do direito à intimidade do consumidor na era tecnológica, que se desenvolve em passos largos. A imputação de critérios mínimos de adequação do sistema jurídico para o ambiente virtualizado se faz de suma importância, pois somente assim conseguir-se-á amparar no todo ou em grande parte os conflitos antijurídicos que figuram no palco da virtual. Não podemos considerar a internet como um espaço de não direito, mas que também não significa a necessidade de um total controle da rede. É preciso adequar as tensões entre os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, o direito à informação, à liberdade de expressão e à tutela da privacidade. Desse modo, será possível aplicar o sistema da responsabilidade civil que objetive a tutela da vítima em face da vulnerabilidade técnica inerente da própria tecnologia da informação.

Assim sendo, o sistema de responsabilidade civil deve ser configurado ao objeto da aplicação de internet, sob pena de mitigar os direitos e conquistas dos consumidores no ambiente virtual. Stefano Rodotà leciona que diante da ditadura do algoritmo é preciso adotar o princípio da precaução<sup>268</sup>, pois nesse fenômeno social os dados pessoais e o exercício da personalidade estão vinculados ao modelo de atividade da aplicação de internet. Daí porque Ricardo Lorenzetti destaca a importância do princípio protetivo: *“La protección de la parte débil es un principio de antigua raigambre en diversos ordenamientos, y característico del sistema jurídico latino-americano. En el ámbito de internet se discute su aplicación, como lo hemos reflejado en la tercera parte, aunque nuestra posición se inclina decididamente en favor de ella”*<sup>269</sup>.

Em importante obra clássica sobre o tema do direito e internet, Newton de Lucca compara a realidade da internet com a passagem da caverna de Platão “em que os homens tinham as sombras

---

<sup>268</sup> RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete**: quali i diritti, quali i vincoli. Roma: Laterza, 2014. p. 40.

<sup>269</sup> LORENZETTI, Ricardo L. **Comercio electrónico**. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 2001. p. 49

projetadas pelo fogo no fundo da caverna como se fossem o sucedâneo da própria realidade”<sup>270</sup>. É possível afirmar que os principais impactos que a sociedade da informação poderia sofrer com a internet já ocorreram. O homem tem experimentado diversas dificuldades jurídicas no exercício da sua “vida virtual”. Entretanto, no tema da responsabilidade civil é preciso avançar para o encontro da tutela do indivíduo como pessoa humana sob pena de se fazer, de um fenômeno positivo para a sociedade, “sofrimento”<sup>271</sup> e sombra da sua própria criação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14, 1995. p. 25.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1916.

ALPA, Guido. Les nouvelles frontières du droit des contrats. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 50, n. 4, 1998. p. 1015-1030.

---

<sup>270</sup> LUCCA, Newton De (Org.); SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). **Direito & Internet**: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 27-28.

<sup>271</sup> Marshall MacLuhan e Quentin Fiore lembram do sofrimento causado pelos novos veículos e novas tecnologias, que tendem a resultar na categoria das dores reflexas: “Como acontece com todas as novas tecnologias, o sofrimento cria uma forma especial de espaço, da mesma maneira que elas criam o sofrimento”. MACLUHAN, Marshall; FIORE, Quentin. **Guerra e paz na aldeia global**. Tradução de Ivan Pedro de Martins. Rio de Janeiro: Record. p. 16. [sem ano].

ANDRIGHI, Fátima Nancy. (Org.); GUARIENTO, Daniel Bittencourt. A responsabilidade civil das redes sociais virtuais pelo conteúdo das informações veiculadas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 246.

ARIAS, José. Contratos Civiles. Buenos Aires: Campaña Argentina de Editores, 1939.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura. Revista dos Tribunais, v. 698, 1993.

\_\_\_\_\_. Teoria geral das obrigações e da responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Influência do direito francês sobre o direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, v. 89. 1994.

\_\_\_\_\_. O direito como sistema, complexo e de 2ª ordem. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil (Parecer). Revista Forense, v. 361, maio 2002.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. O fundamento da responsabilidade civil extracontratual. Revista de Direito Privado. v. 1. n. 1. São Paulo: RT, jan.-mar. 2000.

BAUMAN, Zygmunt. Identidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BERDAGUER, Jaime. Fundamentos del derecho civil. Tomo I. 2. ed. Montevideo: FCU, 2005.

BETTI, Emilio. Cours de droit civil comparé des obligations. Milano: Giuffrè, 1958.

\_\_\_\_\_. Teoria generale delle obbligazioni: fonti e vicende dell' obbligazione. Milano: Giuffrè, 1954.

BEVILAQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. Campinas: Servanda, 2007.

BINICHESKI, Paulo Roberto. Responsabilidade civil dos provedores de internet: direito comparado e perspectivas de regulamentação no direito brasileiro. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 76.

CARBONNIER, Jea. Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del Derecho. Madrid: Tecnos, 1974.

\_\_\_\_\_. Derecho civil: situaciones extracontractuales y dinamica de las obligaciones. Tomo II. v. III. Barcelona: BOSCH, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria general del derecho. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1955.

CASTELLS, Manuel. Communication power. USA: Oxford University Press Inc., 2009.

CATALAN, Marcos. A morte da culpa na responsabilidade contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI Filho, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHAVES, Antônio. Lições de Direito Civil. São Paulo: Bushatsky, 1972.

\_\_\_\_\_. Lições de Direito Civil. São Paulo: Bushatsky, 1914.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1988. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COULDRI, Nick. Media, Society, World: Social theory and digital media practice. New York: Polity Press, 2012

SILVA COUTO, Clóvis; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

\_\_\_\_\_. A obrigação como processo. São Paulo: 1976.

\_\_\_\_\_. FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

\_\_\_\_\_. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. Revista dos Tribunais. v. 667, 1991.

\_\_\_\_\_.; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1997.

CRISTINA, Isabel Porto Borges; FERRAZ, Taís Gomes. ENGELMANN, Wilson. Responsabilidade civil e nanotecnologia. Atlas: 2014.

DAVIS, Stan; MEYER, Christopher. Riscos e oportunidades na e-economia. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUARTE, Ronnie Preuss. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). O Estado e suas crises. Porto Alegre : Liv. do Advogado, 2005. p. 225-271.

\_\_\_\_\_. Direito natural, ética e hermenêutica. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007. 284 p. ISBN 85-7348-447-0. Número de Chamada: 340.12 E57.2d

\_\_\_\_\_. O bem humano como elemento motivador da (re)significação do conceito de direito. *Direito e Justiça: Reflexões Sócio-Jurídicas*, Santo Ângelo, v. 6, n. 9, p. 357-377, nov. 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. *Revista da ESMAPE*, Recife, v.17, n.35, p. 85-137, jan./jun. 2012.

\_\_\_\_\_, Eugênio. Code Civil francês. Gênese e difusão de um modelo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.50, n.198, p. 57-86, abr./jun. 2013.

\_\_\_\_\_, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. In: SARLET, Ingo Wolfgang Org. *O novo código civil e a Constituição*, Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2003. p. 151-198. Na 2.ed. o artigo se encontra nas p. 171-218.

\_\_\_\_\_, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n.349, p.53-92, nov. 2006.

\_\_\_\_\_, Eugênio. Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo código. *Revista Jurídica*, n. 309, 2003. p. 27-28.

\_\_\_\_\_. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos de personalidade no código civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, n. 362, 2007.

\_\_\_\_\_. A “reconstitucionalização” do direito civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. *Revista Jurídica*, n. 324, 2004.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade civil contratual e a interpretação da cláusula de não indenizar. *Soluções Práticas - Fachin*. v. 1. São Paulo: RT, jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Direito Civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. *Revista Forense*, v. 392, 2006. p. 114-125.

FAGGIONI, Alejandro Alvarez. *Estudio de las obligaciones en el derecho civil ecuatoriano*. Guayaquil: Editorial de la Universidad de Guayaquil, 1991.

FEMINELLA, Jennifer. Online terms and conditions agreements: bound by the web. *St. John's Journal of Legal Commentary*, v. 17. n. 1. 2003. p. 101.

FINLEY, Klint. Compare to those of other companies? Readwrite. 6, jul. 2011. Disponível em: <<http://readwrite.com/2011/07/06/how-does-dropboxs-tos-compare>>. Acesso em: 03 de jan. 2015.

FRANÇA, R. Limongi. As raízes da responsabilidade aquiliana. *Revista dos Tribunais*, v. 577, nov. 1983.

FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. Responsabilidade civil objetiva no Código de Defesa do Consumidor. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. v. 4, 2011.

FROTA, Mário. Estudo contrastivo da responsabilidade civil nos códigos civis do Brasil e de Portugal. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 53, jan. 2005.

GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. Padova: CEDAM, 1981.

GAMARRA, Jorge. *Tratado de derecho civil uruguayo*. . Tomo XV. Montevideo: FCU, 1987.

GHERSI, Carlos Alberto. *Reparación de daños*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1989.

GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.<sup>1</sup>ROBERTO, Wilson Furtado. *Dano transnacional e internet: direito aplicável e competência internacional*. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. *Obrigações*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral dos contratos*. 1. parte. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WALDMAN, Ricardo Libel. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*. v. 2, 2005.

HART, Hambrt L.A. *O conceito de direito*. Tradução por A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2012.

HERMAN V., Benjamin. *O direito do consumidor*. *Revista de Direito dos Tribunais*, v. 670, 1991. p. 49.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Superando a crise e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira*. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Contrato: Estrutura milenar de fundação do direito privado*. *Revista do Advogado*, n. 68, 2002. p. 123.

HORTON, Allisson E. *Beyond control: The rise and fall of defamation regulation on the internet*. *Valparaiso University Law Review*, v. 43. n. 3. 2009. p. 1265-1316.

HUNTER, Sheri. *Defamation and privacy laws face the Internet*. *Communications Lawyer*, v. 17. n. 3. 1999.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. *La revisión del contrato*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. Buenos Aires: Ediar, 1995.

\_\_\_\_\_. *Derecho civil constitucional*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidad por daños*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1971. p. 37.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidad por daños: parte geral*. Tomo 1. Buenos Aires: EDIAR, 1971.

KARAM, Munir. *O processo de codificação do direito civil: inovações da parte geral e do direito das obrigações*. *Revista dos Tribunais*, v. 757. p. 11-28.

KLEE, Antonia Espíndola. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KLIKSBERG, Bernardo. As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução por Bernardo Ajzemberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LALOU, Henri. Traite pratique de la responsabilité civile. 4. ed. Paris: Dalloz, 1949.

LARENZ, Karl. Derecho civil: parte general. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1978.

\_\_\_\_\_. Derecho de obligaciones. v. 2. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1958-1959.

\_\_\_\_\_. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Tradução por Alessandro Hirata. Revista de Direito GV, v. 2, n. 1.

LEAL, Odina Fachel; HVNNEMANN, Rebeca; SOUZA, Vergara De. (Org.). Do regime de propriedade intelectual: estudos antropológicos. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2010.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual. Revista de Direito Privado, v. 19, jul. 2004.

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

LÉVY, Pierre. O que é o virtual? São Paulo: Editora 34.

LIMA, Alvino. Da culpa ao risco. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1938.

LIMA, Hermes. Introdução à ciência do direito. 28. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A, 1986.

LIMBERGER, Têmis; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais, informática e comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. São Paulo: Editora Barcelona, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo L. Comercio electrónico. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT, 2001.

\_\_\_\_\_. Comércio Eletrônico. Tradução por Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade de codificação civil. Revista do Advogado, n. 68, 2002.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria geral dos contratos. São Paulo: Método, 2002.

LUCCA, Newton De (Org.); SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 27-28.

MACHADO, Yuri Restano. Breves apontamentos acerca da evolução histórica do contrato no direito romano à crise da modernidade. Revista dos Tribunais. v. 864.

MACLUHAN, Marshall; FIORE, Quentin. Guerra e paz na aldeia global. Tradução de Ivan Pedro de Martins. Rio de Janeiro: Record.

MALBON, Justin. Online Cross-Border Consumer Transactions: A Proposal for Developing Fair Standard Form Contract Terms. University of Western Australia Law Review, v. 37, n. 1, 2013. p. 20-44.

MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: Claudia Lima Marques. (Org.). *Diálogo das fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. 1ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev. atl. ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 199.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Formação dos contratos eletrônicos de consumo via internet*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 33.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo na Internet*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MAZEAUD, Henri; Leon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. Tomo I. 4. ed. Paris: Lib. Sirey, 1947.

\_\_\_\_\_. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. v. I/493. 5. ed., n. 439. p. 425.

MCLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. São Paulo: Editora Cultrix, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELO, Albertino Daniel de. *Estudo sobre o fundamento da responsabilidade civil*. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. v. 4. São Paulo: RT, out. 2010. p. 543.

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. *Contractos no direito civil brasileiro*. v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MIGUEL, Alexandre. *A responsabilidade civil no novo código civil: algumas considerações*. *Revista dos Tribunais*. v. 809, 2003.

MIRAGEM, Bruno. *A responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da internet*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 70, 2009.



\_\_\_\_\_. Abuso de direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. Revista dos Tribunais. v. 842, 2005.

\_\_\_\_\_. Abuso de direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. Curso de direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. O direito do consumidor como direito fundamental - conseqüências jurídicas de um conceito. Revista de Direito do Consumidor, v. 43, 2002.

MIRANDA, Pontes De. Tratado de direito privado. Direito das obrigações: obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Tomo 22. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

\_\_\_\_\_. Tratado de direito privado. Tomo 53. Rio de Janeiro: Borsoi: 1972.

MORAES, Maria Celina Bodin. A causa dos contratos. Revista Trimestral de direito civil, v. 21, 2005.

\_\_\_\_\_. Danos à pessoa humana: Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito em tempos de globalização. Revista Brasileira de Direito Comparado, 1982.

MOYA, Federico Arnau. Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos. Espanha: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2009.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

NERY, Nelson Jr. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 3, 1992. p. 44.

NETO, Miguel Kfourri. Graus da culpa e redução equitativa da indenização. Revista dos Tribunais, v. 839, 2005.

ORLANDO, Gomes. Responsabilidade civil. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994

PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de droit civil. Tomo II. Paris: Droit et Jurisprudence, 1907

PORTO, Mário Moacyr. O caso da culpa como fundamento da responsabilidade civil. Revista dos Tribunais, v. 617, mar. 1987. p. 20.

POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las obligaciones. Buenos Aires: Heliasta, 1978.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Visão geral do novo Código Civil. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. v. 2, 2003.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia e suas limitações. *Revista de Direito Privado*, v. 60, 2014.

REZABAKHSH, Behrang; BORNEMANN, Daniel; SCHRADER, Ulf. Consumer power: a comparison of the old economy and the internet economy. *Journal of Consumer Policy*, v. 29. n. 1. p. 3-36.

REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

RIPERT, Georges; BOULANFER, Jean. *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*. Paris: Droit et Jurisprudence, 1952.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3.

RODOTÀ, Stefano. *Il mondo nella rete: quali I diritti, quali i vincoli*. Roma: Laterza, 2014.

\_\_\_\_\_. *Tecnologie e diritti*. Bologna: Il Mulino, 1999.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemila*. Torino: 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 55, jul./set. 2005.

SAVATIER, Rene. *Cours de droit civil*. v. 3. Paris: Droit et Jurisprudence, 1947.

\_\_\_\_\_. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. v. 1. Paris: Droit et Jurisprudence, 1951.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. *The new digital age: reshaping the future of people, nations and business*. New York: ALFRED A. KNOFF, 2013.

SCHÖNBERGER-VIKTOR, Mayer; CUKIER, Kenneth. *Big data: a revolution that will transform how we live, work and think*. Nova York: Eamon Dolar Book, 2013.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SEVCENKO, Nicolau. *A corrida para o século XXI: no loop da montanha-russa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

TELLINI, Denise Estrella. *Regime de direito internacional privado na responsabilidade civil dos provedores de internet*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Prescrição e direito intertemporal na responsabilidade contratual*. *Soluções Práticas - Tepedino*. v. 1. São Paulo: RT, nov. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 55, jul. 2005.

USTÁRROZ, Daniel. A compensação dos danos provocados por atos lícitos no direito civil brasileiro (a partir da doutrina solidarista). 20013. Tese. Doutorado em Direito. UFRGS, Porto Alegre, 2013.

USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade contratual. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.

VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. 8. ed. Coimbra: Almedina, 1994. v. I.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. v. 4. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 53. Todavia, o nexó causal é discutível na nova responsabilidade civil que se funda no Direito de Danos. Sob essa perspectiva, não se direciona o foco da responsabilidade civil para a possível causa do agente agressor, mas sim para o resultado ocorrido.

\_\_\_\_\_. Direito Civil. Responsabilidade Civil. v. 4. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. Revista dos Tribunais, v. 845, mar. 2006.

\_\_\_\_\_. O contrato no Código Civil de 2002. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 1. p. 5-11.

\_\_\_\_\_. O contrato: passado, presente e futuro. Cidadania e Justiça, n. 8, 2000. p. 45.

WEBER, Ricardo Henrique. Defesa do consumidor: o direito fundamental nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2013.

ZAGO, Jorge Alberto. El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión. Buenos Aires: Universidad, 1981. p. 33.