

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

ELCIO NACUR REZENDE

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Otávio Luiz Rodrigues Junior, José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-036-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito civil. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, ocorrido nos dias 3 a 6 de junho de 2015, em Aracaju, Sergipe, apresentou como objeto temático central Direito, constituição e cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Este encontro apresentou a peculiaridade de ter, pela primeira vez, um grupo de trabalho dedicado ao Direito Civil Contemporâneo, que, de acordo com a ementa oficial, destinava-se ao exame de questões relevantes dessa disciplina jurídica sob o enfoque da metodologia privatística, suas categorias clássicas e sua milenar tradição, mas com a necessária aderência aos problemas de uma sociedade hipercomplexa, assimétrica e com interesses econômicos e sociais contrapostos.

O grupo de trabalho, que ocorreu no dia 5 de junho, no campus da Universidade Federal de Sergipe, contemplou a apresentação de 29 artigos, de autoria de professores e estudantes de pós-graduação das mais diversas regiões do país. Os trabalhos transcorreram em absoluta harmonia por quase sete horas e, certamente, propiciaram a todos bons momentos de aprendizado em um dos ramos mais antigos da ciência jurídica, que hoje é chamado a dialogar com o legado imperecível de sua tradição romano-germânica e com os desafios contemporâneos.

Os artigos reunidos nesta coletânea foram selecionados após o controle de qualidade inerente à revisão cega por pares, em ordem a se respeitar os padrões da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e também para que esta publicação seja útil para os diversos programas de pós-graduação aos quais se vinculam seus autores.

Neste livro eletrônico, o leitor encontrará textos atuais e com diferentes enfoques metodológicos, doutrinários e ideológicos sobre temas de interesse prático e teórico do Direito Civil Contemporâneo.

Na Teoria Geral do Direito Civil, há diversos artigos sobre os direitos da personalidade, a lesão e a interpretação do Direito Civil. No Direito das Obrigações e dos Contratos, destacam-se escritos que dizem respeito à função social do contrato, aos demais princípios contratuais e sua correlação com as cláusulas exoneratórias de responsabilidade, aos deveres anexos da boa-fé objetiva, às distinções entre renúncia e remissão, ao contrato de doação modal, bem assim aos contratos de agência e de representação comercial. A Responsabilidade Civil

também despertou significativo interesse dos participantes do grupo de trabalho, que expuseram suas visões sobre os danos morais, as lesões decorrentes de cirurgias plásticas, as conexões entre a incapacidade e a reparação de danos, a ação direta das vítimas em face das seguradoras, a função punitiva e o Direito de Danos e a reparação por ruptura de noivado.

No Direito das Coisas, o leitor poderá examinar textos sobre a hipoteca, a propriedade aparente e o problema da ausência de procedimento especial sobre a usucapião judicial no novo Código de Processo Civil. No Direito de Família e no Direito das Sucessões, houve um significativo número de artigos, que se ocuparam dos mais variados temas, ao exemplo das famílias mosaico, da Lei de Alienação Parental, das modalidades de filiação e de seu tratamento jurídico contemporâneo, do núcleo familiar poliafetivo, do testamento vital e do planejamento sucessório.

Essa pátina com cores tão diversas, a servir de metáfora para as diferentes concepções jurídicas emanadas neste livro, foi causa de alegria para os coordenadores, que puderam observar que no Brasil não há predileção por qualquer parte do Direito Civil, muito menos se revelaram preconceitos injustificáveis diante das novas relações humanas. Em suma, os temas abordados abrangeram os diferentes livros do Código de 2002, conservando-se os autores atentos à dinamicidade das relações sociais contemporâneas.

Todos os trabalhos apresentados e que hoje se oferecem à crítica da comunidade jurídica refletiram o pensamento de seus autores, sem que os coordenadores desta obra estejam, em maior ou menor grau, a eles vinculados. Trata-se do exercício puro e simples da liberdade e do pluralismo, dois valores centrais de qualquer ambiente universitário legítimo, que se conformam aos valores constitucionais que lhe dão suporte.

Ao se concluir esta apresentação de um livro sobre o Direito Civil Contemporâneo, não se pode deixar de lembrar o que a palavra contemporâneo significa. Para tanto, recorre-se a Giorgio Agamben, tão bem parafraseado por José Antônio Peres Gediél e Rodrigo Xavier Leonardo, quando disse que contemporâneo é algo que pertence verdadeiramente ao seu tempo, é verdadeiramente contemporâneo, aquele que não coincide perfeitamente com este, nem está adequado às suas pretensões e é, portanto, nesse sentido, inatual; mas, exatamente por isso, exatamente através desse deslocamento e desse anacronismo, ele é capaz, mais do que os outros, de perceber e aprender o seu tempo. De tal sorte que, o contemporâneo inevitavelmente será marcado pelo desassossego, que muitas vezes adverte e atenta a fragilidade daquilo que está posto como o estado da arte, malgrado não o ser. (GEDIÉL, José Antonio Peres; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Editorial. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v.2., p.17-19, jan-mar.2015. p. 17).

Essa contemporaneidade que se faz necessária no estudo do Direito Civil, sem fechar as portas a um passado rico de experiências e de construções admiráveis, tão bem refletidas no elogio de Franz Wieacker aos pandectistas, sobre os quais afirmou serem suas ideias a base sobre a qual repousam as melhores estruturas do Direito Privado atual (WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2., neubearb. Aufl. von 1967. Göttingen : Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, §23.) . Mas, sem que sejam os civilistas transformados em estátua de sal, como a mulher de Ló, por só buscarem nas brumas dos tempos idos as soluções que não mais se prestam a um dia colorido por luzes tão diferentes.

Dessa forma, apresentam os coordenadores, orgulhosamente, esta obra cujo conteúdo certamente enriquecerá a cultura jurídica de todos e, em especial, aqueles que cultuam o Direito Civil Contemporâneo.

Prof. Dr. Elcio Nacur Rezende Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Mestre e Doutor em Direito.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior Professor Doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco). Pós-Doutor em Direito Constitucional Universidade de Lisboa, a Clássica. Pesquisador visitante, em estágio pós-doutoral, no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo, Alemanha), com bolsa de Max-Planck-Gesellschaft.

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - Coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984),

**O DANO MORAL EM FACE DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE E A CULPA CONCORRENTE NA DIVULGAÇÃO DE FOTOS
ÍNTIMAS**

**THE MORAL DAMAGES, AND THE VIOLATION OF PERSONALITY RIGHTS
AND JOINT TORTFEASURES IN INTIMATE PHOTO RELEASE**

**Ismael Junior Murbach Bedin
Clayton Reis**

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo trazer à tona a discussão de uma prática que vem ganhando espaço na sociedade: a divulgação e exposição de fotos íntimas de pessoas que se deixam filmar ou enviam fotos/vídeos a seus parceiros, e, após o término do relacionamento veem-se expostas no mundo virtual. Devido a falta de consentimento para a exposição há uma ofensa aos direitos da personalidade, entre eles, a honra, a imagem e a privacidade da pessoa, gerando assim um dano moral. Nos casos em que a pessoa se permite filmar ou fornece o conteúdo íntimo a outrem, sugerimos a aplicação da teoria da culpa concorrente para a diminuição do valor demonstrando que há por parte desta, uma parcela de culpa.

Palavras-chave: Direitos da personalidade, Responsabilidade civil, Culpa concorrente.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to bring out the discussion of a practice that is becoming more popular in society: the disclosure and exposure of intimate photos of people who let be recorded or send photos / videos to his/her partners, and, after the relationship find themselves exposed in the virtual world. Due to lack of consent for the exhibition, there is an offence to the personality rights, among them: the honor, image and privacy of the person, bringing forth a moral damage. In cases where the person allows others to record him/her or provides the intimate content to others, we suggest the application of the theory of joint Tortfeasures for the decline of the value showing that there is a part of his or her fault.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Personality rights, Civil responsibility, Joint tortfeasures

1 INTRODUÇÃO

A constante evolução dos meios eletrônicos atrelada à sua popularização contribui para que, a cada dia, mais pessoas integrem a internet e, conseqüentemente, os benefícios trazidos pela rede mundial de computadores, notícias, relacionamentos, localizações, armazenamento de dados, dentre outros serviços valiosos.

Pode-se afirmar igualmente que há um aumento proporcional de atividades que realizávamos apenas no “mundo real” e que agora passam a ser concretizadas no mundo virtual, uma vez que a presença física foi substituída pela presença aparente. Nesse âmbito, é possível fazer compras pela internet, relacionar-se, acompanhar movimentações financeiras, integrar grupos e comunidades através do computador, dentre outras atividades.

Necessitávamos de um aparelho para realizar cada função: para tirar fotos, precisava-se de uma câmera; para acessar a internet, um provedor de banda larga; para leitura, um livro. Porém, nos dias atuais, podemos encontrar todas essas funcionalidades resumidas em um único equipamento eletrônico.

O mesmo aparelho que tira fotos grava vídeos, telefona, acessa a internet, faz download de músicas, armazena arquivos, entre tantas outras utilidades. Com tal avanço, pessoas passaram a se relacionar de maneira constante no meio virtual, uma vez que tal meio facilita a conversação, dando a noção de proximidade e possibilitando o envio de mensagens, fotos, vídeos e informações instantaneamente. Por essa razão, segundo a expressão utilizada pelo filósofo Marshall McLuhan, o mundo tornou-se uma “aldeia global”.

Infelizmente, essa extraordinária evolução tecnológica é utilizada para atingir os direitos da personalidade do outro, divulgando notícias falsas, invadindo dispositivos alheios e espalhando fotos e vídeos da intimidade das pessoas.

Uma situação que se torna comum é a disseminação de fotos e gravações de vídeos feitas por casais de namorados ou até mesmo de conhecidos que se deixam filmar e, após o término do relacionamento, veem-se expostos no mundo virtual, devido ao uso ilícito dessas gravações.

Nessas situações, será inevitável a ocorrência do dano moral. Todavia, será imperioso questionar a incidência da culpa concorrente nessas situações. Daí a indagação: poderá ocorrer uma diminuição do dano moral devido à culpa concorrente da vítima?

2 NOVAS TECNOLOGIAS E A SOCIEDADE VIRTUAL

A análise de novas tecnologias impõe-nos a árdua tarefa de investigar a evolução da ciência, bem como as variadas formas de comunicabilidade entre as pessoas.

De forma resumida, sabe-se que o primeiro meio de comunicação foi o telégrafo sem fio. Posteriormente, surgiu a radiodifusão, o cinema falado e, na sequência, a televisão. Na modernidade, o telefone e a internet consagraram um mundo até então desconhecido, permitindo às pessoas se comunicarem independentemente da distância.

Com o avanço cronológico, surge o computador, que é um equipamento eletrônico de processamento de informações múltiplas. Um computador compreende parte física constituída por circuitos eletrônicos – hardware – que se encontram integrados de programas, cuja função é ordenar, classificar, calcular, testar, pesquisar e editar informações codificadas (VIEIRA, 2002, p. 45).

Antes dos computadores surgirem, para tirar fotos era indispensável uma câmera; para acessar a internet, um provedor de banda larga e um computador; para assistir à programação e a jornais, a televisão; para ter acesso a canais digitais ou fechados, a “TV” por assinatura; para telefonia móvel, um celular; para leituras, um livro etc.

Parece-nos impossível fixar todos esses meios diferenciais de comunicação eletrônica de forma integrada: o que anteriormente era utilizado de maneira única, atualmente encontra-se alocado em um único equipamento, seja um *smartphone*, um *tablet*, um computador etc.

Temos em nossas mãos a concentração de todas essas funções, o que nem o mais otimista dos pensadores ou tecnólogos poderia prever. Com a evolução tecnológica, ficou mais fácil a realização de tarefas, a aproximação entre as pessoas, a troca de informações, a compra de produtos e o relacionamento interpessoal, entre outras diversas facilidades que a globalização nos propicia.

Paralelamente às evoluções da ciência, não podemos deixar de mencionar o nexo que une a tecnologia e o ser humano, qual seja a internet, uma vez que se trata de uma rede virtual que liga milhões de pessoas pelo mundo e exerce importante fator de conexão globalizada.

O mundo virtual conta com milhões de pessoas conectadas ao redor do planeta e, existem serviços que podem ser feitos pela chamada Rede Mundial de Computadores, sem a necessidade de sair de seu espaço físico, bastando “navegar” nesse imenso universo virtual.

A internet é utilizada por todas as classes sociais, por pessoas de diversas idades, pelos setores públicos ou privados, e a maioria das nossas ações se encontra integrada a um computador. Encontramo-nos na era digital e da revolução informacional, em que a rede

mundial de computadores contribui para o fenômeno da globalização, a qual está em extraordinário nível avançado (NOGUEIRA, 2009, p. 23).

No primeiro momento, as comunidades começaram a surgir devido à necessidade de sobrevivência, de proteção, segundo o interesse comum. Atualmente, estão formando sociedades “virtuais”, em que as pessoas passaram a se relacionar de maneira virtual, em substituição aos relacionamentos exclusivamente físicos.

O ser humano, segundo a concepção aristotélica, é essencialmente um ser social e, por consequência, necessita da interação com o outro. Para a maioria das pessoas, a rede social da internet representa uma sociedade ideal, na qual todos seriam anônimos e iguais. “Todos teriam as mesmas condições em um meio em que condição social e a aparência são irrelevantes. Todos seriam concomitantemente alguém e ninguém na rede” (SYDOW, 2013, p. 32).

Antônio Jeová dos Santos, em seu livro, lembrando os conceitos da Grécia antiga, afirma que nos encontramos em uma *Ágora*¹ Cibernética. Na antiguidade, a praça se destinava à prática de mercado, devendo estar localizada de tal maneira que facilitasse o transporte das mercadorias mercantilizadas para as comodidades que elas ofereciam às operações de abastecimento que, por sua vez, atraíam pessoas para os lugares próximos do mercado (DOS SANTOS, 2001, p. 17).

A praça não era apenas lugar para as transações comerciais; aos comerciantes, misturavam-se curiosos e desocupados e, a qualquer hora do dia, era o local em que as pessoas obtinham informações sobre as novidades, discutia-se política e se formavam opiniões (DOS SANTOS, 2001, p. 18).

Podemos imaginar como seria uma *Ágora* grega no mundo atual globalizado. Com vendedores, compradores, curiosos e desocupados, a internet satisfaz esse papel, no qual os produtos e serviços são oferecidos às pessoas que se manifestam na chamada comunidade virtual, por meio de e-mails, *chats*, fóruns de discussões e redes sociais, como afirma Roman Gubern (GUBERN *apud* DOS SANTOS, 2001, p.18). A *Ágora* atual é uma praça globalizada - um local de concentração de pessoas conectadas virtualmente em que todos participam, sem fronteiras -, exaltada por alguns teóricos como sendo a culminação do sonho político libertário da expressão e comunicação universal sem censura, semelhante a uma “anarquia autogovernada”.

¹ Segundo a Grande Enciclopédia Larousse Cultural . Vol. 1, pg. 114 – Na época clássica, o lugar público, centro administrativo, religioso e comercial da cidade.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A constante evolução da sociedade propiciou o surgimento de novos direitos da personalidade. Assim, hoje, encontramos conceitos que, não obstante não sejam sólidos e nem unificados pelos estudiosos, possuem a mesma finalidade, como será observado por meio de breve retrospectiva histórica.

A teoria e as ideias sobre Direito da Personalidade surgiram em meados do século XIX, sendo atribuída a Otto Von Gierke a paternidade da sua construção e conceituação jurídica, mas, desde as civilizações da antiguidade, essas ideias começaram a se desenvolver em relação a diversos conceitos e normas sobre a proteção da pessoa.

Nesse sentido, já se observava, na Roma antiga, a proteção, tutela de diversas manifestações da personalidade que, todavia, não apresentam a mesma intensidade e os mesmos aspectos delineados contemporaneamente. Vale ainda ressaltar a grande importância dos pensamentos filosóficos gregos no tocante aos direitos da personalidade, em vista do dualismo entre o direito natural e direito positivo, considerando que o homem é o referencial para a origem e razão de ser de toda a ordem jurídica.

Nesse particular delineamento da história, o cristianismo desenvolveu a ideia de dignidade humana, partindo da premissa da existência de um vínculo entre Deus (criador) e o homem (criatura), vínculo este que se encontrava acima das circunstâncias políticas que prescreviam na Roma antiga o conceito de pessoa.

Foi a partir do cristianismo, cuja doutrina se assenta nos ideais da igualdade e do amor ao próximo, que o homem passou a ser considerado sujeito de valor ao qual contribuiu para o princípio da dignidade da pessoa humana (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 56). Immanuel Kant desenvolveu de forma precisa o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo substancial diferença entre as coisas permutáveis e com valor econômico daquelas que não admitem permuta e nem possuem valor monetário.

Encontramos também teorias que consagram os direitos fundamentais da pessoa humana no iluminismo (Sec. XVII e XVIII), mas encontramos efetiva proteção da pessoa nas três cartas: “Bill of Rights” (1689), “Declaração de Independência das Colônias inglesas” (1776) e a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (1789), que culminou em 1948 com a mais famosa Declaração Universal dos Direitos do Homem, prescrita e votada pela ONU após a segunda guerra mundial em 1948.

No Brasil, os direitos da personalidade possuíam uma perspectiva de aplicação na Constituição Imperial, porém, com o advento da Constituição Federal de 1988, deu-se o

marco inicial dos direitos da personalidade para serem contemplados em nosso ordenamento jurídico em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com o advento da Lei 10.406/2002 - Código Civil brasileiro -, ocorreram diversas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, decorrentes da inclusão, no capítulo II do Código Civil de 2002, dos denominados Direitos da Personalidade, prescritos nos arts. 11 a 21 do *Codex*, o qual já consagrara ideias importantes sobre o tema, uma vez que a nossa Carta Magna (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 56) em seu artigo 5º já havia proclamado sobre os direitos e garantias fundamentais da pessoa.

Para Adriano de Cupis, os direitos da personalidade seriam aqueles que têm por objeto os modos de ser físicos ou morais da pessoa. Limongi França aduz que os “direitos da personalidade dizem-se faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos” (MATTIA *apud* FRANÇA 1975, p. 403).

Segundo proclama Wanderlei de Paula Barreto (2005, p. 107):

Os direitos da personalidade como cada uma das expressões determinadas do poder que tem a pessoa sobre o todo ou sobre partes da sua integridade física, psíquica e intelectual, em vida e, em alguns casos, após a morte, e que constituem um mínimo necessário e apto a garantir a dignidade da pessoa e o amplo desenvolvimento da personalidade.

Na mesma intelecção de ideias, Carlos Alberto Bittar (1989, p. 17) pontifica que os direitos da personalidade são divididos em três grupos:

a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais; os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou *effigie*); os segundos, relativos a elementos intrínsecos da personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo etc.) e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto).

Para classificar os direitos da personalidade, Carlos Alberto Bittar adota a classificação de Rubens Limongi França (1975, p. 411):

1) A integridade física: a vida, os alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio vivo ou morto, as partes separadas do corpo vivo ou morto; 2) a integridade intelectual: a liberdade de pensamento, a autoria científica, artística, literária; 3) a integridade moral: a liberdade civil, política e religiosa, a honra, a honorificência, o recato, o segredo pessoal, doméstico e profissional, a imagem e a identidade pessoal, familiar e social.

Conforme prescreve o artigo 11 do Código Civil, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, mas são disponíveis.

Segundo ensina Elimar Szaniawski (2005, p. 70), a personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. É por meio da personalidade que a pessoa poderá adquirir e defender os seus demais bens.

Partindo dessas premissas, poderíamos nos debruçar na análise de diversos aspectos relacionados aos direitos da personalidade. Todavia, a presente pesquisa pretende apenas e tão somente analisar os direitos inerentes à integridade moral do seu titular, especificamente em face das violações do direito à imagem, bem como as indenizações oriundas dessas ofensas ao direito da personalidade.

4 DIREITO A IMAGEM

Para o lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda, o termo “imagem” se origina do latim *imagine* e significa a “representação gráfica, plástica ou fotográfica da pessoa ou objeto; ou a representação dinâmica, cinematográfica ou televisionada de pessoa, animal, objeto”, dentre outros. Mas, no direito, a ideia de imagem se restringe aos efeitos produzidos na personalidade do seu titular, segundo o ensinamento de Hermano Durval (1988, p. 105):

Direito à imagem é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias etc.) ou moral (aura, fama, reputação etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior.

No nosso ordenamento jurídico, podemos encontrar proteção jurídica ao direito à imagem na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X², e o Código Civil de 2002, em seu artigo 20³.

² BRASIL. Preceitua a Constituição Federal que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

³ BRASIL. Preceitua o Código Civil que: “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da

O ser humano transmite aspectos da sua personalidade que o ajudam a formar um conceito social sobre seus atributos morais, pessoais, familiares, profissionais, descrito como direito da imagem.

A imagem representa a personalidade física e moral de determinada pessoa. Assegura o direito de dispor de sua compleição física – inclusive gestos, olhares, maneirismos, sorrisos, postura, vestuários – para fins publicitários ou sociais. Por outro lado, garante-lhe o direito de difundir ou explorar sua fama, virtudes, conduta ética, sucesso profissional e honorabilidade para transmitir determinada mensagem social. (SARMENTO, 2009, p.8).

Dessa forma, ao cidadão será assegurado o direito de manifestar interesse particular ou coletivo, no intuito de transmitir à sociedade características morais como a de um político honesto, cidadão exemplar, bom chefe de família, funcionário público probo etc., que provoquem efeitos positivos ou negativos, sendo esses fatores determinantes para sua integração e consagração no ambiente social.

Para Luiz Alberto David Araujo (2006, p. 155), “a ideia de imagem deve prevalecer não só como reprodução visível do homem, mas também extensão de suas características de personalidade”. Para o autor, esse direito da personalidade se subdivide em *imagem-retrato* e *imagem atributo*.

De acordo com Luiz Alberto David Araujo, a imagem-retrato decorre da identidade física do indivíduo. Ainda, na mesma ideia, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2007, p. 183) esclarecem que a “*imagem retrato é literalmente o aspecto físico da pessoa*”.

Além dos aspectos físicos da pessoa, cada indivíduo projeta na sociedade a aparência que imagina de si mesmo. Assim, chamamos isso de imagem-atributo; aquilo que nos identifica perante o meio social. Exemplo notório é o caso do profissional liberal que espera passar uma imagem de eficiência, competência e credibilidade.

O próprio STJ já se manifestou acerca da imagem-atributo: “*à imagem-atributo do autor, assim entendida como o conjunto de caracteres que distinguem o indivíduo perante a sociedade*⁴”.

Portanto, a imagem-retrato consiste no direito subjetivo de dispor sobre a forma física e partes do corpo (olhos, braços, cabelos, pernas, nariz, boca) e a imagem-atributo como

indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.”

⁴STJ, 3ª Turma, REsp 85905, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 28/08/99 e Informativo nº 409 do STJ

o conjunto de características (gestos, expressões, sentimentos etc.) que distinguem o indivíduo perante a sociedade, isto é, a maneira como a pessoa é assimilada pela sociedade.

Entretanto, tal direito não é indisponível e podemos afirmar que essa é a grande característica do Direito à imagem: a pessoa poder explorar a sua imagem, abrindo assim a possibilidade de dispor do seu próprio retrato para que outros o utilizem para diversos fins, dentre eles para fins comerciais. A característica desse Direito possui inúmeras implicações no mundo jurídico, eis que produz uma série de consequências quando é utilizada sem o consentimento do titular ou quando ultrapassa os limites do que foi autorizado. Nesse caso, ocorrerá violação do Direito à Imagem, gerando assim um dano a ser ressarcido, consoante prescreve o artigo 21 do Código Civil brasileiro.

4 DIREITO À HONRA

O conceito de honra está vinculado a um conjunto de valores que identificam uma pessoa conectada a linhas axiológicas em determinada sociedade. Adriano de Cupis (DE CUPIS *apud* SPECKER, 2004, p. 151) é enfático e claro ao definir a honra como:

Significa tanto o valor íntimo do homem como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento ou consciência da própria dignidade pessoal.

Podemos distinguir honra em aspecto objetivo e aspecto subjetivo, em que “o primeiro consiste na valoração de nossa personalidade feita pelos membros da sociedade; é a boa reputação que compreende a estima política, profissional, artística, comercial, literária e de outros âmbitos de respeitabilidade” (BARRETO, 2005 p. 187 e 188).

Já a honra subjetiva é identificada com o sentimento que a pessoa tem de sua própria dignidade. É o que podemos chamar de autoestima e é compreendida como o conjunto de valores morais comuns às pessoas e que o indivíduo atribui a si mesmo, como caráter, honestidade e lealdade (BARRETO, 2005 p. 188).

Como já citado anteriormente, os dispositivos que revestem tal direito no ordenamento jurídico brasileiro são os mesmos que protegem o direito à imagem, na Constituição Federal, artigo 5º, inciso X; e no Código Civil de 2002, em seu artigo 20. Assim, por estarem abrangidos pelos mesmos artigos, facilmente há uma confusão conceitual entre ambos os institutos, mas no entendimento de Aparecida Amarante (1996, p. 95):

Tal a sutileza dos liames entre os dois direitos que, sem dúvida, em muitos casos, onde se discute o direito à imagem refletem situações de propagação da imagem em circunstâncias que caracterizam uma ofensa à honra. Permanece, porém, de modo autônomo, a proteção da imagem. Uma coisa é a usurpação do nome ou da imagem e outra e que, por meio da utilização dos mesmos, se exponha a pessoa ao menosprezo ou ridículo.

A diferenciação entre imagem e honra pode ser ressaltada pelo fato de que pode haver violação do direito à imagem sem atingir o direito à honra. Exemplo clássico é a divulgação não consentida de uma fotografia, mesmo que o propósito da divulgação não seja lesivo.

O direito à imagem compreende a reserva da própria imagem “física” e, também, da própria imagem conceitual perante a opinião pública – imagem “pública”. É o direito ao “bom nome”, a uma reputação favorável, ou seja, a uma imagem que impõe respeito e consideração pública. É ela mais abrangente que o direito à honra (FERREIRA FILHO, 2003 p. 296).

Podemos dizer que a honra é um conjunto de qualidades que individualizam a pessoa perante a sociedade. Acreditamos que, no Brasil, em face da ocorrência em grande incidência da corrupção em áreas do governo, bem como da individualização do ser humano, muitos sequer se importam com o conceito de “honra”, apenas vislumbrando oportunidades para arguir danos morais, isto é, obter meramente uma vantagem econômica.

5 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

A Constituição Federal consagrou, em seu artigo 5º, inciso X⁵, a tutela dos direitos à intimidade, o que em Portugal já era consagrado no ordenamento jurídico desde o ano de 1976⁶.

⁵Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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 de sua violação;

⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoas, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 479: No plano constitucional, a partir da década de 70 o DIREITO À INTIMIDADE passou a reclamar uma maior proteção devido ao desenvolvimento do processo tecnológico. Assim, uma das primeiras Constituições a tratar do assunto foi a Constituição Portuguesa, de 1976 em seu art. 26:

“1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.

2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias.

3. A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.

Alguns autores acreditam que a intimidade e a vida privada se assemelham, o que dificulta a conceituação jurídica diferenciada das mesmas. Assim, entende-se que a vida privada é gênero do qual o direito à intimidade é a espécie (VIEIRA, 2002, p. 24). A Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso X, dispõe que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Dessa forma, ao menos na lei, ambas estão separadas, reconhecendo que há uma diferença entre o direito à intimidade e à vida privada.

Para separação dos conceitos, a doutrina alemã vislumbra a existência de três esferas: a) *Privatsphäre* (esfera privada) – a mais ampla das esferas, abarcando todas as matérias relacionadas às notícias e expressões que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros, a exemplo da imagem física, comportamentos que, mesmo situados fora do domicílio, só vêm a ser conhecidos por aqueles que exercem regular contato com a pessoa; b) *Vertrauenssphäre* (esfera confidencial) – incluindo aquilo que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído o público em geral e as pessoas pertencentes ao ciclo da vida privada e familiar, exemplo: correspondência, memoriais etc; c) *Geheimsphäre* (esfera do secreto) – compreendendo os assuntos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido à natureza extremamente reservada dos mesmos (HERRERO-TEJEDOR, 1990, p 80-81).

Segundo a teoria alemã, a intimidade em cotejo com a vida privada tem um caráter mais restritivo, mas, apesar da separação expressa na Constituição Federal, parte da doutrina entende que a vida privada e intimidade são sinônimas.

O dicionário jurídico de Maria Helena Diniz (1998, p. 895) conceitua intimidade como: “1. Amizade íntima. 2. Qualidade de íntimo. 3. Familiaridade. 4. Vida particular da pessoa: privacidade”.

Já a expressão “privado”, definida pelo mesmo dicionário, ensina: “1. Diz-se do direito que rege as relações entre particulares, nas quais prevalece o interesse de ordem privada. 2. Diz-se daquele interesse que afeta cada pessoa em seus direitos. 3. O que é próprio de cada indivíduo, isoladamente considerado. 4. Que não é público. 5. Interior, íntimo” (DINIZ, 1998, p. 750).

Assim, a intimidade abrangeria “todo e qualquer evento ou notícia de que o indivíduo tenha sido partícipe, mas não queira que haja divulgação, salvo para as pessoas de sua confiança particular, por exemplo algumas manifestações orais entre o médico e cliente, ou manifestações escritas, como as correspondências epistolares que dizem respeito a feitos

4. A privação da cidadania e as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos.

da vida íntima”(AIETA *apud* MORALES, 1999, p. 104); já na vida privada o conteúdo tem caráter menos reservado.

José Adércio Leite Sampaio endossa a parte da doutrina que distingue os termos, esclarecendo que “a intimidade integra a vida privada, porém de uma forma muito mais dinâmica do que comumente apresentada; cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais, enfim, de uma autodeterminação informativa ou “informacional” (SAMPAIO, 1998. P. 351).

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a vida privada é a que se desenvolve fora das vistas do público perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos. Compreende, portanto, a intimidade, isto é, a vida em ambiente de convívio, no interior de um grupo fechado e reduzido, normalmente ao grupo familiar”

A vida privada tem um conteúdo de caráter menos reservado, sendo que a agressão a esse direito demanda, no ordenamento jurídico, sanção menos severa. Já a violação à intimidade atinge o íntimo do ser humano, faz a ofensa ser mais grave e exige maior severidade no processo indenizatório.

6 O DANO MORAL NAS AFRONTAS À IMAGEM NO MUNDO VIRTUAL

Em nossa Carta Magna podemos encontrar a proteção a diversos direitos, entre eles os direitos da personalidade: a privacidade, a imagem, a honra e outros.

O artigo 5º da Carta Magna dispõe claramente sobre a inviolabilidade de alguns direitos da personalidade, cabendo, em caso de violação, sua reparação. “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 de sua violação”.

Quando se trata de reparação, deve-se buscar o que reparar conforme prescreve o artigo 186⁷ do Código Civil, conectado ao artigo 927⁸ do mesmo codex.

Assim, do cometimento de um ato ilícito ou da violação de um direito (que cause danos) surge o direito à indenização, uma vez que o lesionador tem a obrigação de repor a diminuição do patrimônio de alguém, podendo ser este tanto material, intelectual ou moral.

Segundo doutrina de Clayton Reis (2010. p.1):

O fato é que a concepção normalmente aceita a respeito do dano envolve uma diminuição do patrimônio de alguém, em decorrência da ação lesiva de terceiros. A

⁷ 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.

⁸ Art.927 - Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

conceituação, nesse particular, é genérica. Não se refere, como é notório, a qual o patrimônio é suscetível de redução.

Concomitantemente à ocorrência da lesão a um direito, ocorre, no geral, um prejuízo, sem o qual não haverá responsabilidade civil. É o caso da exposição de pessoas a situações vexatórias ou da utilização de imagens que não foram permitidas, considerando que o direito à imagem é um direito disponível.

Por vezes, não há um dano material, e sim tão somente um dano extrapatrimonial (moral) ou vice e versa. Com isso, necessitamos diferenciar o dano patrimonial do dano extrapatrimonial (moral), o que Clayton Reis (2010, p. 4-5) faz muito bem:

A diferença dessas lesões reside, substancialmente, na forma de reparação. Enquanto no caso dos danos materiais a reparação tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao seu *status quo ante* ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre, no entanto, com relação ao dano eminentemente moral. Neste é impossível repor as coisas ao seu estado anterior. A reparação em tais casos reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada pelo consenso do juiz, que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima.

A Constituição Federal (art. 5º, inciso V) e o Código Civil (art. 944) adotaram o princípio da reparação integral do dano material, mas, para haver tal indenização, a vítima assume o ônus de provar os prejuízos patrimoniais sofridos. Quando se trata de dano moral, basta a violação do direito da personalidade e o nexó causal entre agente, ato e o sofrimento imposto à vítima. No caso dos danos morais, referimo-nos a uma violação de Direito que afeta principalmente a honra, a autoestima, a vida privada, a intimidade, toda a dimensão psíquica da vítima e, por tratar-se de algo subjetivo, será extremamente difícil a quantificação do prejuízo e da indenização subsequente.

Neste sentido, é a jurisprudência do STJ:

Relativamente ao direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral⁹. (In STJ - REsp 1005278/SE).

⁹ STJ, REsp 1005278/SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 11/11/2010

Em decisão sobre a matéria, o STJ proclamou a existência de duas dimensões do direito à imagem: *moral*, porque direito de personalidade; e *patrimonial*, porque assentado no princípio segundo o qual a ninguém é lícito locupletar-se à custa alheia¹⁰.

Em épocas anteriores, ouvíamos comentários somente em processos devido à violação de contratos (quando da utilização da imagem de uma maneira errônea), contra jornais, revistas e emissoras de televisão por expor alguma foto, fato ou notícia que afrontasse a imagem ou a honra da pessoa, sendo assim impossível imaginar que pessoas sem o intuito de obter vantagem pecuniária utilizariam a imagem somente para denegrir o outro ou satisfazer desejos mesquinhos próprios.

A responsabilidade civil em face do abuso da liberdade de comunicação consiste na indenização por danos morais; enquanto danos materiais podem ser facilmente aferíveis – por meio da avaliação concreta dos danos ocorridos e demonstrados mediante comprovação. Todavia, no caso dos danos imateriais, não há um parâmetro definido para converter violação de direitos da personalidade em pecúnia (ZULIANI, 2007. p. 53).

Inegáveis são as vantagens trazidas com a globalização, principalmente da internet, mas em face da falta de controle também existem os aspectos negativos, entre eles a invasão da privacidade por parte de outros usuários da rede. Assim, com o avanço da internet, esta tornou-se um meio eficaz tanto para captação de informações quanto para a divulgação.

A rede mundial levou aos usuários uma noção ideal do Princípio de Igualdade: enquanto a doutrina traz o princípio como aquele que trata os iguais igualmente e desiguais desigualmente, na informática a segunda parte do brocardo não existe: não existem desiguais na anonimidade virtual, uma vez que todos podem acessar sites de turismo, visualizar fotos, quadros e até ingressar virtualmente no gabinete de uma presidência da república (SYDOW, 2013, p. 33).

Com a distorção de tal princípio e o surgimento de uma falsa ideia de anonimato, os usuários acabam expondo ideias e ofensas que não o fariam caso estivessem no mundo real (crimes contra a honra), bem como aplicar golpes em outras pessoas, induzindo-as a erro (crimes de fraude), e invasões de computadores e *smartphones*, onde são armazenadas informações, fotos e vídeos de proprietário.

Atreladas à ideia de anonimato, bem como à ilicitude destemida para praticar atos lesivos a outros seres, pessoas acabam se apossando de imagens ou vídeos, armazenado em

¹⁰ STJ, REsp 267529/RJ, rel. Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, DJ de 18/12/2000

algum aparelho eletrônico, seja por meio ilícito (invasão) seja por meio lícito (repasse espontâneo) e, dessa forma, violando a personalidade da pessoa.

Torna-se uma prática cada vez mais frequente os chamados “Caíram na net”, no qual pessoas são expostas realizando cenas de sexo, poses eróticas e sensuais, entre outras. Assim, resta notório que, quando pessoas são expostas a situações vexatórias, há uma afronta ao direito da imagem e à honra dessas pessoas, bem como há a violação ao direito da intimidade e da vida privada, cabendo uma compensação pelo dano moral decorrente dessa prática lesiva.

Visando ao ressarcimento desse dano sofrido, é praxe acrescentar ao polo passivo da demanda judicial a maior quantidade de pessoas e serviços supostamente envolvidos (servidores de internet e também programas que serviriam como meio de divulgação de tais conteúdos).

Até a edição da lei 12.965 de 23 de abril de 2014, mais conhecida como Lei do Marco Civil, não havia regras específicas sobre a responsabilidade dos sites – Facebook, Google, entre outros – e as decisões eram variadas. Alguns juízes entendiam pela punição:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PUBLICAÇÃO DE MATERIAL OFENSIVO NA INTERNET SEM IDENTIFICAÇÃO DO USUÁRIO. RESPONSABILIDADE DA PROVIDORA DE CONTEÚDO. DANO MORAL. ARBITRAMENTO. À medida que a Provedora de Conteúdo disponibiliza na Internet um serviço sem dispositivos de segurança e controle mínimos e, ainda, permite a publicação de material de conteúdo livre, sem sequer identificar o usuário, deve responsabilizar-se pelo risco oriundo do seu empreendimento. Em casos tais, a incidência da responsabilidade objetiva decorre da natureza da atividade, bem como do disposto no art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Não tendo o réu apresentado prova suficiente da excludente de sua responsabilidade, exsurge o dever de indenizar pelos danos morais ocasionados. O arbitramento do dano moral deve ser realizado com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Ademais, não se pode olvidar, consoante parcela da jurisprudência pátria, acolhedora da tese punitiva acerca da responsabilidade civil, da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato (TJMG-13a. Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0439.08.085208-0/001, relator Cláudia Maia, ac. un., j. 12.02.09, DJ 16.03.09)

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ORKUT. O prestador do serviço Orkut responde de forma objetiva pela criação de página ofensiva à honra e imagem da pessoa, porquanto abrangido pela doutrina do risco criado; decerto que, identificado o autor da obra maligna, contra ele pode se voltar, para reaver o que despendeu” (TJMG.Apel. Cível nº 1.0701.08.221685-7/001. Relator: Des. Saldanha da Fonseca. J. 05/08/2009).

Enquanto outros optavam apenas por penalizar o responsável pelo conteúdo, vejamos:

“DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. SITE DE RELACIONAMENTOS: ORKUT.COM. PROVIDOR DE HOSPEDAGEM.

INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO EM RELAÇÃO AOS USUÁRIOS QUE ACESSAM PÁGINAS CRIADAS POR OUTROS USUÁRIOS. RESPONSABILIDADE FUNDADA NA TEORIA SUBJETIVA. CULPA DO PROVEDOR DE HOSPEDAGEM NÃO DEMONSTRADA. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO CRIADOR DA PÁGINA. O provedor de hospedagem que se limita a disponibilizar espaço para armazenamento de páginas de relacionamento na internet não mantém relação de consumo com o usuário que acessa página produzida por outro usuário. A ausência de remuneração impede, no particular, o reconhecimento de relação de consumo com os usuários que acessam o site para buscas pessoais. Impossibilidade de controle, pelo provedor de hospedagem, do conteúdo das páginas. Tratando-se de responsabilidade subjetiva, somente mediante a demonstração de culpa do provedor de hospedagem é que seria possível imputar-lhe o dever de indenizar. Responsabilidade civil do provedor de hospedagem não configurada diante da inexistência de prova de sua culpa, ainda que concorrente, por página ofensiva à autora. Desprovemento do recurso” (TJRJ – 13ª Câmara Cível – Apelação Cível nº. 2007.001.523346 – Rel. Des. Arthur Eduardo Ferreira – j. em 16/01/2008)

Civil e Processual Civil. Julgamento de ação cautelar em que se considerou a parte sem interesse processual de agir. Coisa julgada, no entanto, formada em agravo de instrumento julgado anteriormente pelo Tribunal reconhecendo o interesse processual. Provedor de internet, que apenas disponibiliza endereço eletrônico e permite ao usuário veiculação de página na rede, sem interferir em seu conteúdo. Ofensa moral veiculada na rede mundial de computadores. Responsabilidade que recai sobre membro usuário do serviço, e não do provedor. Inocorrência de solidariedade entre ambos, que não se presume. Artigo 896, do Código Civil de 1916. Apelação Cível parcialmente provida” (TJPR – 5ª Câmara Cível – Apelação Cível 0147550-7 – Rel.: Des. Salvatore Antonio Astuti – j. em 30/07/2007)

Com a vigência da nova legislação, os provedores que oferecem conteúdo e aplicações só serão responsabilizados por danos gerados a terceiros se não respeitarem ordem judicial que exige a retirada dessas publicações, bem como decisões sobre informações, registro de conexões, dados pessoais etc. de pessoas que possam ser responsáveis pela exposição¹¹.

¹¹ Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no **caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no **caput** não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Tal norma surge com o intuito de sanar algumas omissões e lacunas deixadas por outras leis, bem como regulamentar a utilização do “mundo virtual”, fazendo com que a responsabilidade recaia apenas àquele que deu ensejo à exposição, respondendo cada qual com sua parcela de culpa.

7 CULPA CONCORRENTE NO DANO MORAL

Não temos a pretensão de isentar qualquer pessoa de eventual dano moral, até porque, se há uma afronta à imagem e à honra da pessoa, bem como uma invasão à privacidade, à vítima será assegurado o direito à indenização pelo dano moral sofrido. Todavia, é relevante indagar se poderá ocorrer ou não culpa concorrente das vítimas (que na grande maioria das vezes são mulheres) que têm fotos ou vídeos espalhados pela internet.

Em análise perfunctória, afirmamos prontamente que a culpa é sempre de quem expõe o outro à determinada situação. Todavia, resta questionar: será que a pessoa que se deixa filmar ou que passa suas fotos a um namorado ou a um terceiro que as divulga não concorre para o dano, sabendo dos riscos advindos dessa situação no mundo virtual? Nesse caso, estaremos diante da culpa concorrente, prevista no artigo 945 do Código Civil.

O nosso ordenamento jurídico adota a teoria do risco, juntamente com a responsabilidade civil subjetiva, a qual prescinde da comprovação da culpa para que o lesado possa assegurar a condenação em juízo do causador do dano, de acordo com os artigos 927, par. único e 944, bem como o art. 945¹² do Código Civil. Nesse caso, será admissível distribuir a responsabilidade de acordo com as respectivas contribuições causais, mas também deixa-se aberta a possibilidade de uma responsabilidade civil objetiva presente no artigo 927 do *Codex*.

§ 1º O disposto no **caput** aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no **caput** aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

¹²Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Com base em tais premissas, deve ser analisada caso a caso a participação de cada agente no evento danoso, isto é, quem deu causa, quem concorreu para o dano, quem foi lesado e se houve consentimento da vítima em face da exposição. Isso porque, segundo disposto na norma, a indenização mede-se pela extensão do dano e pelo grau de culpa dos envolvidos.

Acreditamos, dessa forma, que a vítima, ao abrir mão de sua intimidade, concorre para o evento danoso. Nesse sentido, Flávio Tartuce (2014, p. 471) esclarece que “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do ato (art. 944, parágrafo único, do CC)”.

Na busca pela compreensão da aplicação de tais dispositivos, é imprescindível o entendimento do sentido da palavra “risco”, utilizada nas teorias, conforme ensina Maria Helena Diniz (1998, p. 215):

RISCO. Direito Civil e direito comercial. 1. Possibilidade da ocorrência de um perigo ou sinistro causador de dano ou de prejuízo, suscetível de acarretar responsabilidade civil na sua reparação. 2. Medida de danos ou prejuízos potenciais, expressa em termos de probabilidade estatística de ocorrência e de intensidade ou grandeza das consequências previsíveis. 3. Relação existente entre a probabilidade de que uma ameaça de evento adverso ou acidente determinados se concretize com o grau de vulnerabilidade do sistema receptor a seus efeitos.

A teoria do risco concorrente tem incidência direta justamente na responsabilidade objetiva. Assim, se o risco deve incidir na conduta do agente para haver uma responsabilização, este também é um critério que deve ser aplicado à vítima que pode igualmente atuar de forma a concorrer para determinada situação, devendo a responsabilidade da outra parte ser abrandada de acordo com o risco assumido.

Não se está aqui apontando que a vítima quer ser prejudicada, quer que o risco gere consequências prejudiciais para si ou consinta com a violação. O que se aponta é que há uma espécie de aceitação eventual para possíveis situações lesivas a partir da criação de um autorisco, pois que a vítima gera para si mesma a potencialidade para tornar-se alvo de consequência danosa (SYDOW, 2013, p. 240).

Para George Sarmiento (2009, p. 42), “na culpa concorrente o réu confessa sua participação, mas afirma que a vítima concorreu culposamente para o evento danoso. Pleiteia, assim, que a indenização a ser fixada pelo magistrado tenha como paradigma apenas a sua parcela de culpa (art. 945 do CC)”.

Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 59), ao explorar o tema, é preciso em suas palavras ao esclarecer que na culpa concorrente “as duas condutas – agente e da vítima – concorrem para o resultado em grau de importância e intensidade, de sorte que o agente não produziria o resultado sozinho, contando, para tanto, com o efetivo auxílio da vítima”.

A fixação de indenização de acordo com a parcela de culpa de cada indivíduo é utilizada em países com Itália, Portugal, Alemanha, Espanha e até mesmo Argentina, em que podemos citar o doutrinador Mosset Iturraspe, segundo o qual não se pode mais pensar a responsabilidade civil com a construção de culpabilidade total de certos indivíduos. Um sistema justo, equânime e ponderado de direitos dos danos é aquele que procura dividir os custos do dever de indenizar de acordo com os seus participantes e na medida dos riscos assumidos por cada um deles¹³.

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a culpa concorrente e reduzido valores atribuídos como dano moral. Apesar de serem casos que guardam similitude fática com o tema em comento, é importante demonstrar o entendimento de tal tribunal, como se infere da decisão:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CULPA CONCORRENTE. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL AO GRAU DE CULPABILIDADE DA VÍTIMA. FIXAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ART. 945 DO CÓDIGO CIVIL. REVISÃO DO VALOR EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA SOB OUTRO FUNDAMENTO. 1. A decisão que reconhece a existência de culpa concorrente da vítima deve fixar o valor da indenização na forma prevista no art. 945 do Código Civil. 2. Feita a ponderação sobre o grau de culpabilidade das partes pelas instâncias ordinárias, levando-se em conta as circunstâncias em que ocorreu o acidente, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça alterar o valor arbitrado para a indenização. Incidência da Súmula n. 7/STJ. 3. Recurso desprovido. (STJ, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 11/06/2013, T3 - TERCEIRA TURMA)

Em recente decisão, a 16ª câmara cível do TJ/MG, no processo sob nº 2502627-65.2009.8.13.0701, reduziu de 100 mil para 5 mil reais a indenização a título de dano moral que um homem deve para a ex-namorada devido à divulgação de momentos íntimos transmitidos pela webcam.

O réu havia sido condenado em primeira instância ao pagamento de R\$ 100 mil reais. Inconformado, o ex-namorado apelou para o Tribunal de Justiça alegando em sua tese a concorrência de culpa da vítima para excluir ou reduzir o dano moral, tese esta rejeitada pelo

¹³SILVA, Flavio Murilo Tartuce. **Teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva** [online]. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. Teses de Doutorado em Direito Civil. [acesso 06-12-2014]. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30042013-151055/pt-br.php>

desembargador José Marcos Rodrigues Vieira, mas que reduziu o valor da indenização para R\$ 75 mil, nos termos: *“pretender-se isentar o réu de responsabilidade pelo ato da autora significaria, neste contexto, punir a vítima”*.

Contudo, o desembargador Francisco Batista de Abreu votou contra o relator. Para ele, *“a vítima dessa divulgação foi a autora, embora tenha concorrido de forma bem acentuada e preponderante. Ligou sua webcam, direcionou-a para suas partes íntimas. Fez poses. Dialogou com o réu por algum tempo. Tinha consciência do que fazia e do risco que corria”*.

Asseverou ainda que *“as fotos em posições ginecológicas que exibem a mais absoluta intimidade da mulher não são sensuais. Fotos sensuais são exibíveis, não agredem e não assustam. Fotos sensuais são aquelas que provocam a imaginação de como são as formas femininas. Em avaliação menos amarga, mais branda, podem ser eróticas. São poses em que não se tiram fotos. São poses voláteis para consideradas imediata evaporação. São poses para um quarto fechado, no escuro, ainda que para um namorado, mas verdadeiro. Não para um ex-namorado por um curto período de um ano. Não para ex-namorado de um namoro de ano. Não foram fotos tiradas em momento íntimo de um casal ainda que namorados. E não vale afirmar quebra de confiança. O namoro foi curto e à distância. Passageiro. Nada sério”*.

Finalizando que *“Quem ousa posar daquela forma e naquelas circunstâncias tem um conceito moral diferenciado, liberal. Dela não cuida.”* Assim acredita-se que vítima teria concorrido para o fato e, por assumir o risco, deveria haver uma redução na indenização, fixada em R\$ 5 mil. O entendimento do desembargador prevaleceu, uma vez que este foi seguido pelo desembargador Otávio de Abreu Portes.

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo (2007, p. 10) é claro em afirmar que a concorrência é determinada pela presença de duas ou mais causas que originam o evento. Tais causas são os comportamentos culposos. Finalizando: *“somam-se as culpas determinantes do dano, aparecendo o vínculo de causalidade entre elas e os prejuízos. Não basta, assim, o procedimento culposo, mas deve apresentar-se o liame da causa e do efeito entre as culpas e o dano”*.

Ao que parece, Rui Stoco (2013, p. 197) entende também pela possibilidade de admitir a culpa concorrente, uma vez que a legislação civil adotou a *“teoria da culpa decisiva”* ou da *“preponderância da culpa eficiente”*, na medida em que reparte o prejuízo entre o ofensor e o ofendido proporcionalmente, segundo a participação culposa de cada um.

Não se pode desconhecer que houve absoluto descaso da vítima ao se deixar filmar ou ao repassar fotos íntimas para o namorado ou qualquer outra pessoa. Nessa situação, questiona-se: “onde ficará o direito à intimidade (no caso da exposição ao namorado em momento íntimo)”? Como já afirmado, cada caso merece uma análise individualizada. Isso porque, apesar do elo de confiança para com o namorado, cabe primeiramente a cada um zelar pela vida e pelo corpo, bem como pela honra, imagem entre outros direitos.

Ao consentir com gravações e com o envio de fotos íntimas, a pessoa deve conhecer e, conseqüentemente, assumir o risco de que um dia possam vir a ser publicadas indevidamente gerando o dano moral, contudo sendo este minorado em razão da culpa concorrente da vítima. Assim, acreditamos que a pessoa deve ter conhecimento de uma eventual ilicitude, segundo se depreende da lição de Cunha Gonçalves, citada por Sílvia Rodrigues (RODRIGUES 2002, p. 167):

A melhor doutrina é a que propõe a partilha dos prejuízos: em partes iguais, se forem iguais as culpas ou não for possível provar o grau de culpabilidade de cada um dos co-autores, em partes proporcionais aos graus das culpas, quando estas forem desiguais. Note-se que a gravidade da culpa deve ser apreciada objectivamente, isto é, segundo o grau de causalidade do acto de cada um. Tem-se objectado contra esta solução que de cada culpa podem resultar efeitos mui diversos, razão por que não se deve atender à diversa gravidade das culpas; mas, é evidente que a reparação não pode ser dividida com justiça sem se ponderar essa diversidade.

Há uma expectativa social para que todas as pessoas dotadas de meios para proteger seus bens jurídicos o façam, de modo que o Estado reduza sua ação paternalista e permita que seus cidadãos acatem a existência de uma “margem de responsabilidade com relação à proteção do bem jurídico que depende diretamente da vítima” (GRECO, 2004, p. 115).

Afirmar que a atribuição da responsabilidade deve ser feita segundo os riscos assumidos pelos integrantes da relação jurídica nos parece certo, uma vez que a quantificação do dano moral deve ser feita com base na tríade isonomia-razoabilidade-proporcionalidade, pela qual se busca auferir um valor compatível com a realidade dos fatos e no cotejo com a responsabilidade das partes envolvidas.

8 CONCLUSÃO

Com a constante evolução tecnológica e afronta aos direitos da personalidade, o judiciário encontra-se sobrecarregado de processos que envolvem o dano moral, em face da exposição de pessoas e da sua intimidade. Nessas situações, considerando a doutrina

majoritária, entendemos que deve haver uma análise pormenorizada caso a caso, sem a existência de uma tabela fixa para a valoração do dano moral.

Existem particularidades para cada situação e, no relato do artigo, proporíamos a aplicação de uma culpa concorrente da vítima, no caso em que ocorrer consentimento da mesma. Não queremos, em momento algum, excluir a culpa do ofensor, uma vez que acreditamos que há o dano moral e que direitos foram violados. Mas, no caso citado, se não houvesse a anuência da vítima, tais fotos ou vídeos, sequer teriam sido gravados e, conseqüentemente, armazenados no dispositivo eletrônico.

Ao anuir com exposição de sua intimidade, a pessoa assume um risco de que um dia tais arquivos possam ser publicados indevidamente, o que acarretará em dano moral, porém minorado em razão da culpa concorrente da vítima, em virtude de que a pessoa deve ter conhecimento de uma eventual e posterior ilicitude.

Assim, a culpa concorrente seria a parcela de participação que a vítima teria no evento, isto é, se houve uma exposição vexatória e a pessoa anuiu com as fotos ou com o vídeo sem sequer pedir a exclusão do arquivo. Nesse caso, concorrerá para o evento danoso, uma vez que, se houve uma captação e um armazenamento, é ao menos imaginável que possam vir a ser divulgadas.

Existe uma expectativa social para que pessoas dotadas de meios para proteger seus bens jurídicos o façam de forma correta e adequada. Para tanto, basta a não anuência com tal prática, pois a culpa concorrente se aplicará tão somente nos casos em que há uma participação da vítima, uma vez que cabe a cada um zelar pela vida, pelo corpo, bem como pela honra, imagem entre outros direitos. No caso de haver infringência dessa regra normativa, exsurge a ação de tutela do Estado com o propósito de punir o agente ofensor.

9 REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____; NUNES, Vidal Serrano Júnior. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARRETO, Wanderlei de Paula et a. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 1.

_____. In: ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (coords.). **Comentários ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O Direito Geral de Personalidade**, Coimbra. Editora Coimbra, 1995,

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva. 1998, v.2.

_____. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva. 1998, v.4

DOS SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral na Internet**. São Paulo. Método. 2001.

DURVAL, Hermano. **Direito a imagem**. São Paulo. Saraiva. 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FILHO, Sergio Cavalieri, **Programa de Responsabilidade Civil, 11º ed.** São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014.

FRANÇA, Rubens. Limongi. **Manual de direito civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 1975. v.1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: parte geral (abrangendo os códigos Civis de 1916 e 2002). 9º. ed. Ver., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: RT, 2004.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. **Honor, intimidad y propia imagem**. Madrid: Colex, 1990.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Manual de direito civil. 3. ed. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

NOGUEIRA. Sandro D'Amato. **Crimes de Informática**. São Paulo. 2 ed. BH. 2009, p. 23

REIS, Clayton. **Dano moral**.5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil – Lei. 10.406 de 10.01.2002, 3º ed.** Rio de Janeiro: Forense. 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V. 4.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoas, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARMENTO, George. **Danos Morais**. São Paulo: Saraiva. 2009.

SILVA, Flavio Murilo Tartuce. **Teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva** [online]. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010. Teses de Doutorado em Direito Civil. [acesso 06-12-2014]. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30042013-151055/pt-br.php>

SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. São Paulo. Saraiva. 2013.

SPECKER *apud* DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil. 9º Ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela. 2º ed.** São Pauçp: RT, 2005. P. 70

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Método. 2014.

VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da Vida Privada e da Intimidade pelos Meios Eletrônicos**. Juarez de Oliveira: São Paulo, 2002.

VIEIRA, Sonia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada e da Intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira. 2002.

ZULIANI, Ênio Santarelli. **Arts. 1.º a 11. Comentários à lei de imprensa: Lei 5.250, de 09.02.1967**. Luiz Manoel Gomes Junior (Coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.