

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS

JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

VALÉRIA RIBAS DO NASCIMENTO

AIRES JOSE ROVER

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 e novas tecnologias [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: José Renato Gaziero Cella, Aires Jose Rover, Valéria Ribas Do Nascimento – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-054-1

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. Tecnologia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

No XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe - UFS, em Aracaju, de 03 a 06 de junho de 2015, o grupo de trabalho Direito e Novas Tecnologias novamente esteve presente com destaque pela qualidade dos trabalhos apresentados e pelo numeroso público, composto por pesquisadores-expositores e interessados. Esse fato demonstra a inquietude que o tema desperta na seara jurídica, em especial nos programas de pós-graduação em Direito que procuram empreender um diálogo que suscita a interdisciplinaridade na pesquisa e se propõe a enfrentar os desafios que as novas tecnologias impõem ao Direito.

Foram apresentados 22 artigos que foram objeto de um intenso debate e agora fazem parte desta coletânea. Numa tentativa de organizar quantitativa e qualitativamente os artigos e seus temas, segue uma métrica:

Cinco artigos trataram da Internet, em diversos âmbitos.

Quatro artigos discutiram a proteção da privacidade e dos dados pessoais e corporais.

Quatro artigos foram sobre responsabilidade civil e capacidade na internet.

Dois artigos versaram sobre aspectos regulatórios das nanotecnologias.

Dois artigos sobre marco civil da internet.

Dois artigos trataram do processo eletrônico, com enfoque de questões como inclusão, acesso à justiça e nova cultura.

Dois artigos discutiram redes sociais em temas como a violação de direitos e bloqueio de conteúdos ilícitos.

Dois artigos foram sobre o mercado de trabalho, tratando do pleno emprego e do analfabetismo digital.

Dois artigos versaram sobre a democracia eletrônica, envolvendo temas como o voto eletrônico e a democracia direta.

Um artigo sobre inovação e regulação tecnocientífica.

Um artigo sobre o direito de autor e plágio em software.

Um artigo sobre a tutela da honra no âmbito da internet.

Um artigo sobre rádio/tv na sociedade da informação.

Nota-se nessa classificação que o tema tecnológico mais tratado é a internet, mas se discute também redes sociais, nanotecnologias, urnas eletrônicas, software e tv/rádio. Dos temas jurídicos a privacidade e a responsabilidade civil são numericamente majoritários. Processo eletrônico, democracia digital e mercado de trabalho estão em seguida. Com únicos artigos seguem temas diversos, mas em pouco número considerando o total de artigos. Observa-se, portanto, algumas temáticas se tornando focais nessa edição e mantendo o interesse que vem das edições anteriores dessa coletânea.

Enfim, os artigos que ora são apresentados ao público têm a finalidade de fomentar a pesquisa e fortalecer o diálogo interdisciplinar em torno do tema direito e novas tecnologias. Trazem consigo, ainda, a expectativa de contribuir para os avanços do estudo desse tema no âmbito da pós-graduação em Direito brasileira, apresentando respostas para uma realidade que se mostra em constante transformação.

Os Coordenadores

Prof. Dr. Aires José Rover

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Profa. Dra. Valéria Ribas do Nascimento

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NA INTERNET E OS DIREITOS DA
PERSONALIDADE SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL**
**LIABILITY ON THE INTERNET AND THE RIGHTS OF PERSONALITY IN THE
PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL CIVIL LAW**

Erick Lucena Campos Peixoto

Resumo

O presente trabalho pretende tratar da responsabilidade civil como mecanismo de proteção aos interesses da pessoa humana, tutelando os chamados direitos da personalidade numa época em que as novas tecnologias impõem grandes desafios ao operador do direito, principalmente no que envolve o direito à privacidade e o direito à honra. Embora os direitos da personalidade tenham como atributo a indisponibilidade, a autolimitação ao exercício desses direitos pode ser admitida em favor da plena realização da dignidade da pessoa, sem que isto implique em renúncia. Para a tutela de alguns direitos da personalidade, surge o Marco Civil da Internet, estabelecendo princípios e garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Internet, Direitos da personalidade, Honra, Privacidade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to address the liability as a protective mechanism to the interests of the individual, bolstering the so-called personality rights at a time when new technologies pose major challenges for legal operators, mainly involving the right to privacy and the right to honor. Although personality rights have as attributes the unavailability, the voluntary restraint on the exercise of these rights may be allowed in favor of the full realization of human dignity, without this implying a waiver. For the protection of some rights of personality, "Marco Civil da Internet" appears establishing principles and guarantees, rights and duties for the use of the Internet in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Liability, Internet, Personality rights, Honour, Privacy

INTRODUÇÃO

Vinte e seis anos já se passaram desde que foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, o que trouxe grande impacto sobre a regulação das relações privadas. O processo de constitucionalização do direito civil não se restringe somente à aplicação de direitos fundamentais às relações civis. Alcança também uma aplicação direta das normas constitucionais, tanto quando não existir norma infraconstitucional quanto esta norma existir, sendo esta interpretada conforme a Constituição.

A elevação dos fundamentos do direito civil a um patamar constitucional foi indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito, de modo a promover a justiça social e a solidariedade.

Nesse contexto, observa-se uma repersonalização das relações civis, em meio a aplicação do princípio da dignidade humana, aos direitos da personalidade, a proteção da vítima do dano, dentre outras tendências.

A responsabilidade civil, embora já com uma certa adaptação à vida moderna, tem mostrado deficiências quando se trata de tutelar os interesses da vítima de dano extrapatrimonial. Há uma necessidade de se melhorar as técnicas de prevenção do dano, da reparação integral e da tutela específica, principalmente para fazer frente aos chamados “novos danos”, que desafiam o operador de direito diariamente.

Partindo dos ensinamentos de Paulo Lôbo, em que o conceito de dano moral está ligado diretamente à violação de direitos da personalidade, e já que tais direitos têm uma tipicidade aberta, à dignidade da pessoa humana.

As novas tecnologias têm mudado o modo de como as pessoas se relacionam, quebrando barreiras físicas e lançando ao operador do direito o problema de como lidar com esses avanços tecnológicos, dando respostas eficazes às demandas que surgem no tráfico social.

Muitos dos casos envolvendo a Internet que permeiam o Judiciário deixam de ser resolvidos satisfatoriamente ou simplesmente são julgados de forma inadequada pela falta de preparo dos operadores do direito quanto às questões técnicas da rede. Conhecer o funcionamento da Internet, além de alguns conceitos, como o de provedor, é de fundamental importância tanto para o estudo do tema quanto para a aplicação do Direito.

Nenhum país, organismo internacional ou entidade privada exerce controle de forma absoluta na rede, ante sua estrutura global. E se existe uma infraestrutura física da Internet, existe ainda um espaço virtual, ou ciberespaço. Tal espaço não existe como realidade do mundo físico, mas apenas como uma representação audiovisual, conforme ensinamentos de

Marcel Leonardi. O ciberespaço é o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores, segundo Pierre Lévy, o que inclui o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos, na medida em que transmitem informações vindas de fontes digitais ou destinadas à digitalização.

Há um novo paradigma na responsabilidade civil aplicada às relações na Internet. Se antes prevalecia de forma quase que absoluta uma tradição patrimonialista, hoje, com a repersonalização das relações privadas, a pessoa humana ganha seu lugar merecedor de proteção. Os direitos da personalidade são afetados na Internet como que andassem em campo aberto durante uma tempestade. Há certa fluência e liberdade na rede, o que ao mesmo tempo em que é bom, favorece a violação de tais direitos sem que tenha uma devida resposta para sanar o dano.

Numa época em que as redes sociais impõem uma nova dinâmica nos relacionamentos humanos, a honra e a privacidade são os direitos da personalidade que mais sofrem. Para todo lado que se olhe existe uma câmera apontada e gravando o nosso cotidiano. O uso de smartphones possibilita que cada pessoa seja um vigilante perpétuo do ambiente em que vive. Nada mais escapa às lentes, e pior, toda essa informação acaba por fluir sem nenhum controle na Internet.

Recentemente, com a entrada em vigor do Marco Civil da Internet (Lei 12.965 de 2014), uma tentativa de resolver os vários conflitos no ambiente cibernético, novos rumos foram dados à responsabilidade civil na Internet. É necessária uma análise mais profunda do impacto dessa lei na sociedade e no ordenamento, a sua leitura à luz da Constituição.

Por fim, a responsabilidade civil na Internet deve servir como instrumento de tutela dos interesses da pessoa humana. Se ocorrem danos morais, ou seja, fora da esfera patrimonial da vítima, por que a indenização tem que ser necessariamente em pecúnia? Estaria a se compensar o extrapatrimonial com o patrimonial? Surge aqui a necessidade de se estudar a indenização não pecuniária, quais os casos que ele poderia ser aplicada e de que forma, de modo que venha sempre melhor exercer a função principal da responsabilidade civil e concretizar a dignidade da pessoa humana.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA INTERNET

O título do trabalho, “A responsabilidade civil na Internet e os direitos da personalidade sob a ótica do Direito Civil Constitucional” foi escolhido pelo motivo de se pretender tratar da responsabilidade civil como mecanismo de proteção aos interesses da

pessoa humana, tutelando os chamados direitos da personalidade numa época em que as novas tecnologias impõem grandes desafios ao operador do direito.

Os direitos da personalidade, segundo trata Paulo Lôbo, são “os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade”. E ainda, “os direitos da personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil”. (LÔBO, 2012, p. 130).

São características dos direitos da personalidade, segundo o mesmo autor, a intransmissibilidade, a indisponibilidade, a irrenunciabilidade, a inexpropriabilidade, a imprescritibilidade e a vitaliciedade. A titularidade, dos direitos em questão, é única e exclusiva, não podendo ser transferida para terceiros, herdeiros ou sucessores. (LÔBO, *Ibidem*, p. 133).

No ordenamento jurídico brasileiro não há uma tipicidade fechada de direitos da personalidade. Existem os tipos exemplificativos, presentes na Constituição Federal e na legislação civil, bem como os tipos reconhecidos socialmente, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dos tipos mais gerais, interessa-nos para os fins deste trabalho, o direito à privacidade e o direito à honra.

O direito à privacidade é uma denominação genérica para os direitos que visam proteger a pessoa de interferências externas sobre fatos que não devem ser expostos à público. Compreende o direito à intimidade, à vida privada, à imagem e ao sigilo.

Pontes de Miranda, que tratava o direito à privacidade por “direito de velar à intimidade”, dizia que este direito é “efeito de exercício da liberdade de fazer e de não fazer: há quem possa não revelar, porque há quem pode não fazer; é a liberdade que está à base disso.” (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 198, tomo VII). Continua o autor: “Essa liberdade é que pode ser direito de personalidade inato; o direito a velar a intimidade provém dela, como o direito ao sigilo provém da liberdade de se não emitir o pensamento ou sentimento.” (*Idem, Ibidem*). Esclarece ainda que as limitações à intimidade ou à renúncia da mesma dizem respeito à liberdade, pois todos têm que respeitar o mínimo de intimidade e ao mesmo tempo ninguém pode ser privado de tal mínimo de intimidade.

O direito à intimidade remete a fatos, acontecimentos em geral, que a pessoa deseja resguardar para si e não deseja dividir com qualquer outra. O direito à vida privada protege o ambiente familiar, sendo aqui mais abrangente que o direito à intimidade, pois sua violação pode atingir as várias pessoas componentes do grupo. O direito à imagem protege a qualquer forma de reprodução da figura humana. Não deve ser confundido com direito à honra, como

muitas vezes o é. Por fim, o direito ao sigilo diz respeito à proteção do conteúdo das correspondências e comunicações.

Roxana Borges exemplifica algumas hipóteses de como o direito à privacidade pode ser violado. A primeira delas é quando há intromissão não consentida em relação à vida privada de alguém; a segunda, quando o acesso às informações da vida privada de uma pessoa for por esta autorizado, mas a divulgação dessas informações a terceiros não for concedida; e por último, quando a intromissão não foi consentida e, além disso, houve divulgação das informações obtidas ilicitamente. (BORGES, 2007, p. 163).

O direito à honra, também chamado de direito à reputação, resguarda a boa fama, a consideração, o respeito que a pessoa desfruta dentro da sociedade. Segundo Paulo Lôbo: “A honra pode ser entendida como subjetiva, quando toca à pessoa física, porque somente ela pode sofrer constrangimentos, humilhações, vexames. É objetiva a honra que resulta dos padrões morais existentes em determinada sociedade, considerada a conduta razoável ou média”. (LÔBO, 2012, p. 148).

Para Pontes de Miranda, “A dignidade pessoal, o sentimento e consciência de ser digno, mais a estima e a consideração moral dos outros, dão o conteúdo do que se chama honra.” (PONTES DE MIRANDA, 2012, p. 102, tomo VII). Ainda segundo o autor, o direito à honra é absoluto, público e subjetivo.

Os danos extrapatrimoniais que ocorrem na Internet geralmente decorrem de violação a estes dois tipos de direitos da personalidade. Se há alguma dificuldade no tratamento do tema pelos tribunais, em reconhecer o dano moral e sua extensão quando ocorrem na rede mundial de computadores, além da responsabilidade do provedor de internet, se objetiva ou subjetiva, se é relação de consumo ou não, há mais dificuldade ainda quando o dano atinge não só um indivíduo, mas uma coletividade.

A lesão a direitos da personalidade – aqui tratados somente os direitos à honra e à privacidade – ocorre de várias formas na Internet. Não há uma homogeneidade nem tampouco um limite. Conforme evolui a tecnologia, novas formas de dano também surgem e disso resulta que é praticamente impossível catalogar todas as situações em que ocorram danos extrapatrimoniais na Internet, não restando alternativa senão a de tentar descrever as principais.

A violação do direito à imagem ainda consiste numa das principais formas de violação do direito à privacidade. Tal direito é autônomo em relação ao direito à honra, com o

qual muitas vezes é confundido¹. Tal confusão se operou até mesmo no Código Civil de 2002, no *caput* do polêmico artigo 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 indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Antônio dos Reis, em seu artigo sobre o direito à honra, assim trata sobre essa confusão: “Destarte, não há falar em confusão entre os conceitos, tampouco em ponto de interseção entre eles, restando a imagem autônoma em relação à honra, motivo pelo qual ambos os atributos devem ser considerados autônomos e com disciplinas próprias”. (REIS, 2014).

O simples uso da imagem sem autorização já é apto a causar dano, mesmo que não seja atingida a honra da vítima.

A realidade atual tem mostrado que o uso indevido da imagem na Internet tem gerado danos incalculáveis, sobretudo pelo fato da facilidade na exposição. Em cada esquina tem alguém sempre pronto para fotografar ou filmar qualquer pessoa em uma situação constrangedora ou mesmo da normalidade. Câmeras ocultas em canetas, bonés etc. são encontradas com facilidade custam muito pouco. Qualquer um pode ser um pequeno espião, cujas imagens captadas têm uma potencialidade lesiva altíssima.

¹ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. DANO À IMAGEM. DIREITO À INFORMAÇÃO. VALORES SOPESADOS. OFENSA AO DIREITO À IMAGEM. REPARAÇÃO DO DANO DEVIDA. REDUÇÃO DO QUANTUM REPARATÓRIO. VALOR EXORBITANTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A ofensa ao direito à imagem materializa-se com a mera utilização da imagem sem autorização, ainda que não tenha caráter vexatório ou que não viole a honra ou a intimidade da pessoa, e desde que o conteúdo exibido seja capaz de individualizar o ofendido. 2. Na hipótese, não obstante o direito de informação da empresa de comunicação e o perceptível caráter de interesse público do quadro retratado no programa televisivo, está clara a ofensa ao direito à imagem do recorrido, pela utilização econômica desta, sem a proteção dos recursos de editoração de voz e de imagem para ocultar a pessoa, evitando-se a perfeita identificação do entrevistado, à revelia de autorização expressa deste, o que constitui ato ilícito indenizável. 3. A obrigação de reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não sendo devido exigir-se a prova da existência de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem. 4. Mesmo sem perder de vista a notória capacidade econômico-financeira da causadora do dano moral, a compensação devida, na espécie, deve ser arbitrada com moderação, observando-se a razoabilidade e a proporcionalidade, de modo a não ensejar enriquecimento sem causa para o ofendido. Cabe a reavaliação do montante arbitrado nesta ação de reparação de dano moral pelo uso indevido de imagem, porque caracterizada a exorbitância da importância fixada pelas instâncias ordinárias. As circunstâncias do caso não justificam a fixação do quantum reparatório em patamar especialmente elevado, pois o quadro veiculado nem sequer dizia respeito diretamente ao recorrido, não tratava de retratar os serviços técnicos por este desenvolvidos, sendo o promovente da ação apenas um dos profissionais consultados aleatoriamente pela suposta consumidora. 5. Nesse contexto, reduz-se o valor da compensação. 6. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp nº 794.586/RJ, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 15/03/2012, T4 - QUARTA TURMA).

A violação do direito à honra teve um crescimento vertiginoso com o advento da Web 2.0. As redes sociais facilitaram o agrupamento de pessoas, tornando possível um contato direto e efetivo, superando obstáculos físicos. Com isso, a velha conversa de botequim ganhou novas dimensões. O assunto conversado numa mesa de bar entre colegas, ali mesmo encontrava seu fim, nascia e morria na mesma noite. Agora, nesta nova face interativa da Internet, o mesmo assunto lançado na rede num simples comentário tem um poder de propagação enorme.

O comentário postado em uma rede social, mesmo quando passa despercebido, ficará gravado lá por tempo indefinido, ou até que o autor o exclua. Futuramente, caso não excluído, tal conteúdo pode ser objeto de indexação pelos motores de busca de sites como o Google e Bing.

A prática de intimidação e agressão por meio da Internet vem sendo denominada de *cyberbullying*, em comparação com o *bullynig* tradicional (termo em inglês que quer dizer “intimidar”, “amedrontar”). O dicionário Priberan caracteriza o *bullying*² como “Conjunto de maus-tratos, ameaças, coações ou outros atos de intimidação física ou psicológica exercido de forma continuada sobre uma pessoa considerada fraca ou vulnerável”.

Não é incomum que a prática do *cyberbullying* fira mais de um direito da personalidade, por isso, tanto a honra quanto a imagem são alvos desses ataques.

1.1 A DISPONIBILIDADE RELATIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Um problema interessante surge quando a própria pessoa publica um conteúdo na Internet e este vem a ser utilizado por terceiros de forma agressiva. Warren e Brandeis ensinavam que o direito à privacidade cessa na publicação dos fatos pelo indivíduo, ou com o seu consentimento (BRANDEIS; WARREN, 1890).

Partindo do ensinamento dos articulistas norte-americanos, se uma pessoa posta em seu perfil particular do Facebook uma foto, esta estaria abdicando da proteção à privacidade, pouco importando o uso que se desse à sua imagem posteriormente.

Muito tempo se passou desde que Warren e Brandeis escreveram o artigo sobre o direito da privacidade. Houve uma evolução no pensamento, que fica clara quando da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trouxe como estandarte a dignidade da pessoa humana.

² Dicionário Priberan da Língua Portuguesa, disponível em: <http://www.priberam.pt/DLPO/>.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 11, diz que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Interpretado literalmente, tal dispositivo negaria efeito ao consentimento do titular no campo dos direitos da personalidade (SCHREIBER, 2013, p. 26).

Anderson Schreiber (*Ibidem*, p. 27) ensina que

Exagera, contudo, o art. 11 quando veda toda e qualquer “limitação voluntária” ao exercício dos direitos da personalidade. A vedação lançaria na ilitude não só os reality shows, mas também atos bem mais prosaicos como furar a orelha, lutar boxe ou expor informações pessoais em redes sociais, como o Twitter e o Orkut.

A autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade pode ser admitida quando esta atenda ao fim de realização pessoal do seu titular. Não deve ser admitida caso esteja guiada por interesses outros, que não os que velam pela dignidade daquela pessoa.

A legitimidade da autolimitação poderá ser aferida observando-se a sua duração e o seu alcance. Uma autolimitação sem restrições ou permanente deve ser rechaçada, pois é o mesmo que se renunciar ao direito.

O Enunciado nº 4 da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal diz o seguinte: “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”³.

Roxana Borges, tratando sobre o direito à privacidade e o lixo, fala sobre a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade. Quando se trata de resíduos sólidos domiciliares, ou lixo, o abandono não desprotege a privacidade da pessoa que dispôs aqueles resíduos, havendo expectativa de privacidade sobre o lixo.

O abandono de coisa como lixo ou resíduo sólido revela exclusivamente a intenção de mero descarte, de disponibilização da coisa em si, não havendo intenção ou sequer consciência, por parte da pessoa geradora, de revelação de dados da sua vida privada. Normalmente, principalmente para as pessoas comuns, há expectativa de privacidade sobre os resíduos sólidos que gera. Embora atue com a cautela média de inutilizar certas coisas ou dilacerar documentos, é possível — faticamente — sempre reconstruir dados e levantar aspectos da vida privada da pessoa sobre os quais ela tem expectativa de privacidade. A cautela média de dilacerar documentos, por exemplo, revela expectativa de privacidade sobre seu conteúdo, expectativa de que não será reconstruído. (BORGES, 2014).

³ Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>.

Trazendo analogicamente para a Internet, uma publicação no Facebook não autorizaria sua reprodução sem o consentimento expresso do autor. Apesar de se poder colher qualquer fotografia publicada com facilidade, o ambiente do Facebook ou outra rede social, não é exatamente um ambiente aberto, visto precisar de senha vinculada a um perfil para poder navegar entre suas páginas.

A publicação pode está disponível tanto ao público, quanto somente a amigos ou mesmo a círculos menores de pessoas, portanto, a intenção do autor não é jogar seus dados ao vento. Além disso, o fato de publicar um conteúdo não é a mesma coisa que renunciar a um direito da personalidade, dado que esses direitos são irrenunciáveis.

2 O POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO

Várias decisões têm sido produzidas pelo Judiciário nos últimos tempos, decorrentes das várias ações contra os provedores, ocorrendo muitas vezes confusão, justamente pela carência de doutrina e legislação ligada ao tema. Importa salientar que o Marco Civil da Internet apenas entrou em vigor na metade do ano de 2014, existindo muitas demandas na justiça ainda no regime anterior a esta Lei.

No REsp nº 1.193.764 – SP⁴, o Google Brasil Internet Ltda figurou como recorrido. Fora interposta uma ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, ajuizada pela recorrente em desfavor do Google, sob a alegação de ter sido alvo de ofensas em página na internet da comunidade Orkut, mantida pelo Google.

Houve a concessão de tutela antecipada, para o fim de determinar a exclusão de todo o material ofensivo que relacione o nome da autora. Na sentença, foram julgados parcialmente procedentes os pedidos iniciais, apenas para tornar definitivos os efeitos da tutela, no entanto sem a condenação do GOOGLE ao pagamento de indenização por danos morais.

O Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao apelo da recorrente, nos termos do acórdão, assim ementado:

Obrigação de fazer – Provedor de hospedagem “Orkut” – Não se equipara o provedor a editor ou diretor de jornal ou de revista por notícias divulgadas em “home page” de usuários apenas abrigados em seu sistema – Ausência de qualquer ilicitude na conduta da apelada e inexistência do necessário nexo de implicação entre os danos morais apontados e a ação da demanda – Recurso improvido.

A ministra Nancy Andrichi foi a relatora do caso no STJ. Em seu voto, ela observa que o Google cumpriu a ordem judicial, retirando o conteúdo ofensivo à autora e que nesse ponto, portanto, não houve ilegalidade nos atos praticados pelo Google que, uma vez ciente da

⁴ BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1.193.764-SP. 3ª Turma. Relatora Ministra Nancy Andrichi. DJ em 14/12/2010. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 28 de dezembro de 2013.

existência de material de conteúdo ofensivo, adotou todas as providências tendentes à sua imediata remoção do site.

Além disso, observa a ministra, que em consulta ao site do Orkut na Internet, constatou-se que o Google disponibilizava um canal para que as pessoas que tivessem sua identidade “roubada” solicitassem a exclusão da conta falsa, bem como para que fosse feita a denúncia de abusos na utilização de perfis individuais ou comunidades, verificando-se assim que o Google também adotou as medidas que estavam ao seu alcance visando à identificação do responsável pela inclusão no Orkut dos dados agressivos à moral da recorrente.

Prosseguindo a ministra no seu voto, aponta que o Google esclareceu que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, por meio do qual, em princípio, é possível identificar o respectivo usuário e que não houve nenhum pedido da parte autora no sentido de que fosse identificado o autor das ofensas, nem ordem judicial nesse sentido. O Google se defendeu alegando a impossibilidade de fornecer dados pessoais sem ordem judicial, o que caracterizaria violação ao sigilo de dados.

Encerra o voto nestes termos:

Ainda que não exija os dados pessoais dos usuários do ORKUT, o GOOGLE mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento desses usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada de um provedor de conteúdo.

Portanto, não se vislumbra responsabilidade do GOOGLE pela veiculação das mensagens cujo conteúdo a recorrente considerou ofensivo à sua moral.

Forte nessas razões, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

No Recurso Especial nº 1306157/SP⁵, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o Youtube (Google) deve retirar informações difamantes a terceiros manifestadas por seus usuários, independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas em que foram veiculadas as ofensas.

No caso, uma fabricante de motocicletas havia contratado uma empresa de publicidade para fazer um vídeo publicitário com um ator de renome. Porém, houve contrafação do vídeo, tendo o áudio original sido editado e substituído por uma fala idêntica a do ator, porém com ofensas à fabricante.

O Recurso Especial diz respeito somente à obrigação remanescente relativa aos vídeos com o título difamante, tenham sido eles indicados precisamente pelas autoras (com a

⁵ BRASIL. STJ. Recurso Especial 1306157/SP,. 3ª Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Dj. 17/12/2013, DJe. 24/03/2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 28 de dezembro de 2013.

menção das URL's), ou não, mas desde que existentes no site, com aquele preciso título, depois de o provedor ter sido formalmente notificado de sua existência.

O relator do caso, em seu voto, destacou que na atualidade, saber qual o limite da responsabilidade dos provedores de internet ganha extrema relevância, na medida em que, de forma rotineira, noticiam-se violações à intimidade e à vida privada de pessoas e empresas, julgamentos sumários e linchamentos públicos de inocentes, tudo praticado na rede mundial de computadores e com danos substancialmente potencializados em razão da natureza disseminadora do veículo. Os verdadeiros "apedrejamentos virtuais" são tanto mais eficazes quanto o são confortáveis para quem os pratica: o agressor pode recolher-se nos recônditos ambientes de sua vida privada, ao mesmo tempo em que sua culpa é diluída no anonimato da massa de agressores que replicam, frenética e instantaneamente, o mesmo comportamento hostil, primitivo e covarde de seu idealizador, circunstância a revelar que o progresso técnico-científico não traz consigo, necessariamente, uma evolução ética e transformadora das consciências individuais. Certamente, os rituais de justiça sumária e de linchamentos morais praticados por intermédio da internet são as barbáries típicas do nosso tempo ⁶.

Nos autos, houve perícia, em que se constatou a viabilidade técnica de controle dos vídeos no site Youtube, concluindo o perito judicial que apenas por questões de conveniência e oportunidade o provedor não o realiza. Prossegue o ministro, dizendo que diante da precisão do conteúdo do vídeo indicado e da existência de perícia nos autos a sugerir a possibilidade de busca pelo administrador do site, reafirma-se entendimento segundo o qual o provedor de Internet que administra as redes sociais, ainda em sede de liminar, deve retirar informações difamantes a terceiros manifestadas por seus usuários, independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas em que foram veiculadas as ofensas (URL's).

Por fim, afirmou que a jurisprudência do STJ é firme em apregoar que a responsabilidade dos provedores de internet, quanto a conteúdo ilícito veiculado em seus sites, envolve também a indicação dos autores da informação (número de IP). O recurso foi parcialmente provido, apenas no tocante ao valor das astreintes.

Os sítios de busca na Internet vêm sendo demandados por exibirem em seus resultados algum conteúdo abusivo relativo à pessoa. Devido ao mecanismo de busca embutido nestes sítios (Google; Bing), quando se digita uma determinada palavra a ser pesquisada, imediatamente ela é associada a hiperligações (*hiperlink*) cujo sistema de inteligência artificial calcula semelhança ou interesse próximo do usuário que pesquisa. Por

⁶ BRASIL. STJ. Recurso Especial 1306157/SP,. 3ª Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Dj. 17/12/2013, DJe. 24/03/2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 28 de dezembro de 2013.

exemplo, se a palavra “futebol” for digitada no buscador da Google, surgirão hiperligações para outras pesquisas, com os termos “futebol ao vivo”; “jogos de futebol”; “futebol brasileiro”; “história futebol”.

Tais indicações variam conforme vários vetores, ou seja, de acordo com o usuário que faz a pesquisa, a região, os *links* patrocinados, dentre outros. Isto ocorre porque o mecanismo de buscas é um eficiente meio de publicidade, e as empresas lucram com isso.

Enquanto o usuário navega pela Internet, dados seus são colhidos, na maioria das vezes sem que o mesmo perceba ou sequer tenha conhecimento. Cookies são instalados em seu computador, guardando informações sobre a navegação. O objetivo inicial é benéfico, que é propiciar uma navegação mais rápida e personalizada. Porém, estes dados são usados para uma publicidade direcionada.

No REsp 1407271/SP, o STJ decidiu que o provedor de pesquisa não tem obrigação de restringir seus resultados. No seu voto, a ministra Nancy Andrighi diz que o provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário.

Os provedores de pesquisa, prossegue a ministra no voto, realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados.

Assim, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a conseqüente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação.

Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa⁷.

Mesmo sendo tecnicamente possível excluir do resultado da pesquisa virtual expressões ou links específicos, a medida se mostra legalmente impossível - por ameaçar o

⁷ BRASIL. STJ. REsp 1407271/SP. 3ª Turma. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Dj. 21/11/2013, DJe 29/11/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 28 de dezembro de 2013.

direito constitucional à informação - e ineficaz - pois, ainda que removido o resultado da pesquisa para determinadas expressões ou links, o conteúdo poderá circular na web com outros títulos e denominações⁸.

3 O MARCO CIVIL DA INTERNET

O Projeto de Lei nº 2.126, conhecido como Marco Civil da Internet, depois de idas e vindas nas casas do Congresso, acabou sendo sancionado pela Presidência da República em 23 de abril de 2014, transformando-se na Lei nº 12.965.

Não há como negar a importância histórica dessa lei, não só para o Brasil, mas a nível mundial, por se tratar da primeira legislação do tipo, cujo artigo 1º explica a sua função: “Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria”.

No que toca aos direitos da personalidade, o Marco Civil da Internet, já em seu artigo 2º, destaca em seu inciso II o “desenvolvimento da personalidade em meios digitais” como um de seus fundamentos.

O artigo 3º trata dos princípios que disciplinam o uso da Internet no Brasil, indicando a “proteção da privacidade” no inciso II. No parágrafo único, consta que os princípios aí expressos não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A própria lei indica como deve ser procedida a interpretação dela. Serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a “natureza da internet”, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

Interessante o posicionamento de Lawrence Lessig (2006, p. 31) a respeito da “natureza” da Internet:

Nature. Essence. Innate. The way things are. This kind of rhetoric should raise suspicions in any context. It should especially raise suspicion here. If there is any place where nature has no rule, it is in cyberspace. If there is any place that is

⁸ Cf. CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO CONTEÚDO POSTADO NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CUNHO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA DO AR EM 24 HORAS. DEVER. SUBMISSÃO DO LITÍGIO DIRETAMENTE AO PODER JUDICIÁRIO. CONSEQUÊNCIAS. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 14 DO CDC E 927 DO CC/02. REsp 1338214/MT. 3ª Turma. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Dj. 21/11/2013, DJe. 02/12/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 28 de dezembro de 2013.

constructed, cyberspace is it. Yet the rhetoric of "essence" hides this constructedness. It misleads our intuitions in dangerous ways.

Em uma tradução livre: Natureza. Essência. Inata. A forma como as coisas são. Este tipo de retórica deve levantar suspeitas em qualquer contexto. Deve especialmente levantar suspeitas aqui. Se houver qualquer lugar onde a natureza não governa, é no ciberespaço. Se há qualquer lugar que foi construído, este é o ciberespaço. No entanto, a retórica da "essência" esconde essa artificialidade. Ele engana nossas intuições de formas perigosas.

Essa crítica se dirige ao fato de a Internet ser uma criação, cuja arquitetura pode ser mudada, reescrita a qualquer momento. Diferente da água por exemplo, que sempre vai ser dois átomos de hidrogênio e um de oxigênio, vai ter ponto de ebulição a 100° C e ponto de fusão a 0° C em condições atmosféricas de 1 Atm, esta é sua natureza. Já a Internet, será como for feita. Obedecerá a seu "código", conforme a programação que lhe é dada. Produto do homem ou até mesmo de uma inteligência artificial.

O artigo 7º da Lei 12.965 de 23 de abril de 2014 assegura aos usuários da Internet uma série de direitos. Dentre eles, a proteção a direitos da personalidade é destacada nos incisos I, que garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; no inciso II, que garante a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; e no inciso III, garantindo a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

O inciso XIII do mesmo artigo garante a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet, não restando dúvidas quanto à incidência do CDC nestes casos.

O artigo 8º trata diretamente do direito à privacidade, estabelecendo nulidade de cláusulas que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo de comunicações privadas ou não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de conflitos decorrentes de serviços prestados em território nacional:

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

Marcos Ehrhardt Jr. anota que antes mesmo da definição da competência, é necessário determinar qual a lei aplicável às transações via internet. O emprego da tradicional regra *locus regit actum* às transações eletrônicas mostra-se insuficiente, dada a dificuldade em determinar o lugar no qual a obrigação se constitui (*Idem, ibidem*).

O autor ensina que a solução está contida a Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que no seu art. 9.º determina que a obrigação resultante de um contrato reputa-se constituída no lugar em que reside o proponente.

Há portanto uma pretensão absoluta de se considerar os negócios *inter absents* constituídos no lugar em que o proponente tiver sua residência, ainda que accidental, pouco importando a *lex loci actum* e a lei domiciliar do proponente ou aceitante. (*Idem, Ibidem*).

Conclui Marcos Ehrhardt Jr. que independentemente de onde estiver localizado o computador base da homepage como também qualquer que seja a extensão do endereço do correio eletrônico (e-mail) utilizado, a lei aplicável é a do foro do proponente.

A grande crítica ao Marco Civil da Internet faz-se justamente por conta da responsabilidade civil, disciplinada no Capítulo III, seção III da Lei.

Dispõe o artigo 18 que o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Já o artigo 19 diz que 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.

Ao contrário de alguns julgados já mencionados no corpo do presente projeto, em que os provedores responderam por não tomarem providências depois de terem sido informados de um possível dano à direitos da personalidade, sem tomar nenhuma medida a mitigar o dano, aqui a responsabilidade do provedor só nasce quando este recebe “ordem judicial específica”.

Neste ponto, e em sentido contrário, surge o artigo 21, dizendo que 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.

Seu parágrafo único ainda estabelece que 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.

Se no artigo 19 o provedor só pode ser responsabilizado depois de “ordem judicial específica”, aqui, no artigo 21, o provedor será responsabilizado de forma subsidiária se, após “notificação da vítima”, não tomar as providências cabíveis para tornar indisponível material de cunho sexual desautorizado.

Pecou o legislador em incluir somente a “violação da intimidade” decorrente de materiais contendo cenas de nudez ou de sexo. Aquela pessoa que for vítima de uma brincadeira de mau gosto, de uma situação constrangedora que não de cunho sexual, ficaria desamparada, a depender de ingressar com uma ação pleiteando a retirada do conteúdo, pois os provedores só teriam obrigação de retirar o mesmo depois de ordem judicial. A lesão à honra e à privacidade não deixa de ser um dano significativo só porque não está expondo a pessoa em um ato sexual. O dano causado pelo *cyberbullying* pode ter consequências nefastas na personalidade do indivíduo e merece a tutela do artigo 21.

4 INDENIZAÇÃO NÃO PECUNIÁRIA

Ao dano extrapatrimonial, apesar do seu reconhecimento e desenvolvimento na doutrina e jurisprudência através dos anos, quando se fala em indenização, é oferecida como resposta uma quantia, ou seja, a indenização de algo não patrimonial se dá por meio pecuniário.

Muitas das vezes essa indenização não é o suficiente para satisfazer a vítima, seja pela quantia, seja pelo sofrimento interno dela. Para muitas empresas pagar uma indenização a uma vítima não surte muito efeito, pois o lucro auferido com práticas danosas supera o prejuízo com uma eventual indenização.

Ao buscar soluções não pecuniárias para a resolução de conflitos decorrentes da Internet, primeiramente se encontra um instrumento presente na Lei de Imprensa (lei que não

foi recepcionada pela Constituição e 1988, conforme o STF na ADPF 130-7), a retratação pública. (SCHREIBER, 2013, p. 196).

Embora haja algum receio de aplicar a retratação pública em situações fora daquelas que a lei de imprensa regia, este vem a ser um instrumento de bastante utilidade na resolução de conflitos na Internet.

Será formidável para os casos em que houve violação do direito à honra, pois um sítio eletrônico, por exemplo, que causou dano a alguém poderia ser condenado a publicar desculpas públicas em sua página principal, podendo também, cumulativamente, ser condenado em quantia pecuniária. Mas a indenização não pecuniária seria a principal.

Já no caso de violação aos direitos da privacidade, a retratação pública deve ser evitada. A vítima, neste caso, quer o máximo de discricção possível, de modo a não piorar o dano que já sofreu.

Leonardi explica que o *Streisand effect*, ou efeito Streisand é uma expressão cunhada por Mike Masnick para descrever situações em que a tentativa de remoção de determinado conteúdo de um sítio eletrônico causa o resultado oposto, e o conteúdo passa a ser reproduzido e divulgado de forma viral. (LEONARDI, 2012, p. 351-2).

O efeito Streisand tem origem no incidente que ocorreu em 2003 com a cantora Barbara Streisand, que pediu uma indenização de cinquenta milhões de dólares por uma fotografia aérea de sua casa em Malibu. Após esse episódio, a foto foi reproduzida descontroladamente na Rede.

No Brasil, esse efeito ocorreu no famoso caso Cicarelli, em que a modelo Daniela Cicarelli foi filmada numa troca de carícias com o namorado numa praia espanhola. Após conseguir um bloqueio temporário do Youtube, canal que exibiu o vídeo na Internet, a cena se espalhou por toda a rede, mesmo o vídeo original tendo sido retirado do ar, e até hoje pode ser encontrada alguma versão do vídeo.

Uma questão surge quanto ao aspecto processual da indenização não pecuniária: pode o juiz impor a retratação pública? No caso de a vítima pleitear somente a indenização em forma de pecúnia, o magistrado poderia atuar por conta própria, concedendo também a reparação não pecuniária?

Schreiber (2013, p. 202) aponta que a doutrina tradicional diz que não, pois o magistrado estaria adstrito à resposta pecuniária, condenando o réu à indenização ou deixando de condená-lo.

O mesmo autor aduz que as inovações em matéria processual, como o amplo poder dado aos magistrados para se alcançar a chamada tutela específica, presente nos artigos 461 e

461-A do Código de Processo Civil⁹, são completamente aplicáveis em se falando de responsabilidade civil.

Quando se compreende que a indenização é apenas um dos meios de se alcançar a compensação pelo dano sofrido, ao juiz resta uma ampla liberdade para combinar a indenização pecuniária com outros elementos desprovidos de valor monetário.

O Projeto de Lei nº 5.139 (BRASIL b, 2014), em tramitação no Congresso, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências, em seu artigo 25 traz uma solução interessante, que coloca a reparação específica em uma posição privilegiada, dispondo que na ação reparatoria dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e “independentemente de pedido do autor”, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.

E ainda, no parágrafo único, dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e “independentemente do pedido do autor”, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Ainda se trata de um projeto de lei, mas mesmo assim tem sua importância por indicar avanços, ou pelo menos tendências, no sentido de que o direito processual melhor satisfaça o direito material. Por enquanto, o que se vê na prática é que os magistrados seguem a corrente tradicional, sendo o pedido da parte uma baliza para suas decisões.

O ultimo ponto a ser abordado é sobre o pedido de desculpas do ofensor e a possibilidade de condenação em danos morais.

Primeiramente, há de se levar em conta as peculiaridades do caso concreto. O dano extrapatrimonial no âmbito da Internet assume características próprias, como já abordado nos itens 2.2 e 2.3 do presente trabalho, podendo se propagar de forma rápida, além de poder também se perpetuar no tempo.

O artigo 944 do Código Civil diz que a indenização mede-se pela extensão do dano. Se o dano for tal que somente a retratação seja suficiente à compensação, a indenização pecuniária mostra-se desnecessária e fora de propósito. Porém, existem casos em que a o dano

⁹ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

extrapatrimonial atinge proporções tamanhas que, apenas o pedido de desculpas isolado não é o bastante.

O STJ, no REsp 959.565 – SP¹⁰ reformou acórdão da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo que substituiu a reparação pecuniária pela retratação, na imprensa, num caso em que uma empresa foi vítima de protesto indevido de duplicata mercantil.

No voto, o relator, ministro Paulo de Tarso Sanseverino esclarece que a reparação *in natura* e a reparação pecuniária não são excludentes entre si, devendo-se respeito ao princípio da reparação integral, expresso no art. 944 do Código Civil, além de que a reparação nos danos extrapatrimoniais, conforme a tradição brasileira, é feita através de dinheiro (BRASIL c, 2014).

A reparação natural a que alude o ministro é conceituada por ele em sua obra “Princípio da reparação integral” no sentido de que se deve restituir ao lesado exatamente o mesmo bem extraído do seu patrimônio para que ele seja colocado no estado em que se encontraria caso não tivesse ocorrido o ato ilícito (SANSEVERINO, 2010, p. 34).

Segundo Sanseverino, os prejuízos extrapatrimoniais, dada sua própria natureza, não se coadunam com a reparação *in natura*, com exceções de algumas situações apontadas pela doutrina.

Tais medidas – como a retratação pública – não constituem propriamente casos de reparação natural, segundo o autor, pois não se conseguiria sanar completamente os prejuízos extrapatrimoniais, restando que apenas serviriam para minorar os efeitos dos danos, visto que é impossível a recomposição de um bem jurídico sem conteúdo econômico, como os direitos da personalidade.

Conclui que, sendo inviável ou insuficiente a reparação natural, a solução é a indenização pecuniária. (SANSEVERINO, 2010, 227).

Ora, se o ofensor desculpa-se de modo eficaz, como a publicação de uma nota em sua linha do tempo (*timeline*) do Facebook periodicamente, na mesma proporção do dano à honra por ele causado, o dano restará reparado, sendo desnecessária uma condenação em danos morais, que caso ocorra, será totalmente desvirtuada de seu propósito.

¹⁰ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. CONDENAÇÃO APENAS À RETRATAÇÃO PÚBLICA. INSUFICIÊNCIA. INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO MORAL. 1. Limitação da reparação por danos morais pelo tribunal de origem à retratação junto à imprensa. 2. A reparação natural do dano moral, mesmo se tratando de pessoa jurídica, não se mostra suficiente para a compensação dos prejuízos sofridos pelo lesado. 3. Concreção do princípio da reparação integral, determinando a imposição de indenização pecuniária como compensação pelos danos morais sofridos pela empresa lesada. 4. Sentença restabelecida, mantendo-se o valor da indenização por ela arbitrado com razoabilidade. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO

Portanto, no caso de a retratação ser inócua, não há outra solução senão a condenação do ofensor em danos morais, e para isso, que sejam observados os critérios já descritos no segundo tópico, na quantificação do dano.

CONCLUSÕES

O direito à honra e o direito à privacidade – nele compreendidos o direito à imagem, o direito à intimidade, o direito à vida privada e o direito ao sigilo – são os principais direitos da personalidade violados no âmbito da Internet. Conforme a tecnologia avança, novas formas de causar dano também surgem. Disso decorre que é praticamente impossível apontar todas as situações em que ocorrem danos extrapatrimoniais na Internet.

O uso da imagem pessoal (vídeo, fotografia digital, áudio ou qualquer outro formato de mídia) sem autorização é apto a causar dano, independente de ter ou não ferido a honra da pessoa.

As redes sociais tornaram-se instrumentos de propagação de informação. Os comentários nelas postados podem causar sérias lesões à honra, principalmente no chamado *cyberbullying*, ou intimidação cibernética.

No que diz respeito à indisponibilidade dos direitos da personalidade, observa-se que pode ser admitida uma autolimitação dos mesmos, desde que atenda a uma realização pessoal no seu titular. Uma pessoa pode publicar sua fotografia em uma rede social sem que isso implique em renúncia ao direito à imagem, e o uso dessa fotografia por terceiros estaria sujeito à autorização da pessoa titular do direito.

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965 de 23 de abril de 2014), que passou a estabelecer princípios e garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, possui uma grande importância histórica, por ter sido a primeira legislação do tipo no mundo.

Um dos fundamentos desta lei é o “desenvolvimento da personalidade em meios digitais” (art. 2º, II), ao lado do princípio da proteção da privacidade (art. 3º II). Mas, em relação à responsabilidade civil por conteúdo de terceiros, a Lei 12.965 estabelece duplo tratamento: a) o provedor de aplicações de Internet só poderá ser responsabilizado após o descumprimento de ordem judicial específica (art. 19); e b) 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 (art. 21).

Entendemos desnecessária essa diferenciação, já que prejudica a vítima que foi exposta na Rede quando o conteúdo da ofensa não for de cunho sexual, que, neste caso, responsabilizará o provedor somente após ordem judicial.

Por fim, quanto à indenização não pecuniária, esta se mostra viável em se tratando de danos à honra, em que o réu poderia ser condenado a publicar desculpas públicas em sua página na Internet, por exemplo. E, no caso de violação à privacidade, uma retratação pública poderia agravar a situação, ocorrendo o que se chama de efeito Streisand.

REFERÊNCIAS

BARLOW, John Perry. A declaration of the Independence of cyberspace. In: **Electronic Frontier Foundation**. Disponível em: https://w2.eff.org/Censorship/Internet_censorship_bills/barlow_0296.declaration. Acesso em 16 de abril de 2014.

BARRETO, Ricardo de Macedo Menna. **Redes sociais na internet e direito: a proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2012.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito à privacidade e lixo: abandono de coisa e irrenunciabilidade a direitos de personalidade. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97419>. Acesso em: 17 fev. 2014.

_____. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. EMI nº 00086 - MJ/MP/MCT/MC de 25 de abril de 2011. In: **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/EMI/2011/86-MJ%20MP%20MCT%20MC.htm. Acesso em: 12 de novembro de 2013.

_____. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. In: **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 27 de abril de 2014.

_____. Projeto de Lei nº 5.139. Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. In: **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>. Acesso em 14 de maio de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 959.565/SP. 3ª Turma. Relator Ministr Paulo de Tarso Sanseverino. DJ em 04/05/2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 14 de maio de 2014.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque. Sociedade da informação e o direito na era digital. In: **Marcos Ehrhardt Jr.** Disponível em: <http://marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/2010/06/06/sociedade-da-informacao-e-o-direito-na-era-digital>. Acesso em 09 de maio de 2014.

FRAGOSO, Suely; MALDONADO, Alberto Efenedy. **A internet na América Latina**. São Leopoldo: Unisinos; Porto Alegre: Sulinas, 2009.

GUILHERME NETO. Top 10: pessoas que se tornaram piada na Internet. In: **Techtudo**. Disponível em: <http://www.techtudo.com.br/rankings/noticia/2012/04/top-10-pessoas-que-se-tornaram-piada-na-internet.html>. Acesso em 17 de abril de 2014.

JOHNSON, David R.; POST, David. *Law and borders - the rise of law in Cyberspace*. In: **First Monday**, maio de 1996. Disponível em: <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/468/389>. Acesso em 15 de abril de 2014.

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

_____. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LESSIG, Lawrence. **Code: version 2.0**. Nova Iorque: Basic Books, 2006. Disponível em: <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 3. Ed. São Paulo: 34, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: direito de personalidade**. Direito de Família. São Paulo: RT, 2012, p. 198, tomo VII.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

REIS, Antonio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. In: **Civilística.com**. Ano 2, nº 3. Disponível em: <http://civilistica.com/novas-perspectivas-sobre-o-direito-a-honra/>. Acesso em: 17 de abril de 2014.

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

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). **Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. São Paulo: Saraiva, 2012.