

A SÚMULA 403 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O USO INDEVIDO DA IMAGEM DAS PESSOAS NATURAIS NO AMBIENTE VIRTUAL

Elcio Nacur Rezende

Doutor em Direito

Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara

Procurador da Fazenda Nacional

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo delinear as consequências do uso indevido da imagem das pessoas naturais, também denominadas pessoas físicas, em razão da exposição de sua imagem não autorizada ou indevida, na atividade empresarial que atua no ambiente virtual (internet).

O uso da imagem das pessoas é recurso inerente ao mundo dos negócios, não somente com intuito meramente publicitário, como também instrumento de divulgação interna das corporações, promoção de um bom clima organizacional, reconhecimento de conquistas, como fator motivacional, simples confraternização entre meios de determinada equipe, enfim, na busca da humanização das relações empresariais.

Todavia, a empresa, quer por seu departamento de marketing ou de publicidade ou por qualquer outra área organizacional, esquece que, assim como a propriedade material tangível, a imagem da pessoa, quer sua face ou ainda outra parte do corpo que a identifique (como uma tatuagem ou particularidade corporal), também possui um arcabouço jurídico protetivo, garantindo-lhe a tutela personalíssima, sob pena de cometimento de ato ilícito por parte daquele que a expôs sem autorização ou de forma indevida.

Com este trabalho pretende-se demonstrar de forma prática a fundamentação da ilicitude do ato de exposição da imagem indevida ou sem autorização, bem como, os efeitos deste comportamento no Direito Civil-Empresarial, mormente quando a ilicitude é perpetrada no ambiente virtual.

DA ILICITUDE DO USO INDEVIDO DA IMAGEM DAS PESSOAS NATURAIS

Dispõe a Constituição Federal:

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;

...

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas

O texto da Carta de 1988 já era bastante claro ao assegurar como Direito Individual Fundamental o uso da imagem, bem como, a correspondente indenização por dano moral e material por parte daqueles que desrespeitam esta norma.

Não obstante, o Código Civil de 2002, reitera a proteção à imagem a identificando como Direito da Personalidade e garantindo, mais uma vez a seu

titular, ou caso este já morto, a seus dependentes, a indenização correspondente pela ilicitude da exposição:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

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

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

A mesma lei, quando conceitua do Ato Ilícito em sentido amplo, ainda que implicitamente, reafirma a possibilidade de indenização exclusivamente moral, dentre as quais pode-se afirmar categoricamente pelo uso indevido da imagem, acarretando a correspondente Responsabilidade Civil:

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.

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

A doutrina explica:

“..., o direito à imagem é de grande elasticidade, cuidando da proteção conferida à pessoa em relação à sua forma plástica e aos respectivos componentes identificadores (rosto, olhos, perfil, busto, voz, características fisionômicas) que a individualizam na coletividade, deixando antever um amplo espectro, formado por um conjunto de características que permitem a sua identificação no meio social... A tutela jurídica do direito à imagem (CC, art. 20) segue, em linhas gerais, a regra do art. 12 do Código Civil, que tem caráter geral. Basicamente a proteção do direito à imagem se aperfeiçoa através da tutela preventiva (inibitória), com o escopo de impedir que o dano ocorra ou se alastre. Não afasta, de qualquer modo, a possibilidade da tutela repressiva, através de ação de indenização por danos extrapatrimoniais (comumente chamados de danos morais), quando o dano já se concretizou, independentemente de causar prejuízos materiais.”¹

“A proteção da imagem é conquista do direito moderno, consequência natural do progresso técnico. O direito assegura ao indivíduo o direito à própria imagem. A lei proíbe a sua divulgação por qualquer meio – fotografia, cinema, gravação no vídeo – e reprime a infração como atentado à privacidade, de qual cada um é o senhor exclusivo... A divulgação da imagem, não autorizada, sujeita o exibidor à

¹ ROSENVALD, Nelson e CHAVES, Cristiano. **Direito Civil - Teoria Geral**, 06ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 140.

reparação, seja material, seja moral o dano. Além desta consequência, pode acarretar a apreensão do material exibido, e sujeitar o exibidor aos efeitos penais.”²

Extremamente comum há anos, a discussão (e condenações civis) pelo uso indevido de imagem, mormente quando o seu titular não autorizou ou quando tal ato expôs o ser humano ao ridículo, como podemos constatar em inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal que como corte constitucional, a partir dos incisos V, X e XXVIII do artigo 5º. da Carta Magna, apreciou a questão jurídica, como nos julgados:

AI 396861 AgR-ED / RJ - RIO DE JANEIRO
EMB.DECL.NO AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE
Julgamento: 20/04/2004 Órgão Julgador: Primeira Turma

EMBTE.(S) : TV GLOBO LTDA
ADVDO.(A/S) : JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E
OUTROS
EMBDO.(A/S) : IVALINO RAIMUNDO DA SILVA

EMENTA: 1. Recurso extraordinário: descabimento: questão relativa à ação de responsabilidade civil por uso indevido de imagem: alegações suscitadas pela embargante já afastadas quando do julgamento do agravo regimental e que implicaria "reexame de fatos e provas": incidência da Súmula 279. 2. Embargos de declaração manifestamente protelatórios: rejeição, com aplicação de multa de 1% sobre o valor corrigido da causa.

RE 215984 / RJ - RIO DE JANEIRO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. I. 20ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 257.

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO
Julgamento: 04/06/2002 Órgão Julgador: Segunda Turma

RECTE. : CÁSSIA KIS

ADVDS.: PEDRYLVIO FRANCISCO GUIMARÃES FERREIRA E
OUTROS

RECDA. : EDIOURO S/A

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DANO MORAL: FOTOGRAFIA:
PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA: INDENIZAÇÃO: CUMULAÇÃO COM
O DANO MATERIAL: POSSIBILIDADE. Constituição Federal, art. 5º, X. I.
Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à
reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da
fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto,
aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse
desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que
ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição,
art. 5º, X. II. - R.E. conhecido e provido.

RE 192593 / SP - SÃO PAULO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO
Julgamento: 11/05/1999 Órgão Julgador: Primeira Turma

RECTE. : CONDOMÍNIO EDIFÍCIO PAULA REGINA

RECDO. : JOSÉ ROBERTO LISSONI E OUTROS

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO
CUMULADA COM O DANO MATERIAL. ARTIGO 5º, INCISOS V E X, DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A nova Carta da República conferiu ao dano
moral status constitucional ao assegurar, nos dispositivos sob referência, a
sua indenização quando decorrente de agravo à honra e à imagem ou de
violação à intimidade e à vida privada. A indenização por dano moral é
admitida de maneira acumulada com o dano material, uma vez que têm
pressupostos próprios, passando pelo arbítrio judicial tanto na sua aferição
quanto na sua quantificação. De outra parte, se o acórdão recorrido teve
por comprovada a lesão de ordem moral, que envolve conceito inerente ao
sentimento, entendendo reclamar ela indenização cumulável com a
decorrente de dano material, esse aspecto não cabe ser analisado na

instância extraordinária, tendo em vista que seria necessário adentrar-se no exame de parâmetros da razoabilidade, por via da aferição de fato, insuscetível de ser feita na via do recurso extraordinário. Recurso não conhecido.

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, tratando a matéria a partir de normas infra-constitucionais, em especial os artigos 11, 12, 20, 21, 187 e 927 todos do Código Civil, prolatou decisões em que apreciava o uso indevido da imagem de pessoas naturais, dentre os quais: AgRg no AgRg no Ag 548537, REsp 1021688, REsp 984803, REsp 296391, REsp 1014624, REsp 401358, AgRg no Ag 928925, REsp 978651 e REsp 883630, todos julgados no ano de 2009.

Assim, quando o ilícito é perpetrado pelas vias comuns, tais como a imprensa escrita, a televisiva, a radiofônica ou mesmo sem ter como origem a atividade de comunicação propriamente dita, torna-se relativamente fácil identificar os responsáveis pela ilicitude e atribuir-lhes a devida responsabilidade.

Não se pretende aqui fazer digressões demonstrando a ilicitude de expor alguém ao ridículo constringendo-lhe perante a sociedade e causando-lhe dor moral, nem tampouco, demonstrar que eventualmente a exposição da imagem de forma indevida pode causar dano patrimonial ao lesado, afinal, esta matéria já foi demasiadamente estudada e tratada pela doutrina e jurisprudência pátrias como acima demonstrado.

Ademais, também não predispõe este texto a demonstrar o “quantum debeatur” que deve ser fixado pelo magistrado quando se constata dano à imagem da pessoa.

Corroborando tudo que foi explanado até o momento e, indo além, ao dispensar o titular da imagem o ônus de provar prejuízo diante do uso indevido da imagem, o Superior Tribunal de Justiça em outubro de 2009 editou a súmula 403 com os seguintes dizeres:

“Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Diante do enunciado da novel súmula, vale afirmar que segundo o entendimento do STJ, bastará ao Autor da ação de indenização comprovar perante o Poder Judiciário que ocorreu a exposição de sua imagem sem autorização por alguma empresa que, por presunção relativa, existirá dano e, consequentemente, a procedência do pleito indenizatório.

Nossa questão surge quando a ilicitude ocorre no ambiente virtual, isto é, na internet, e suas conseqüências jurídicas.

O USO INDEVIDO DA IMAGEM NA INTERNET E A IDENTIFICAÇÃO DO RESPONSÁVEL PELO ILÍCITO

O ponto fulcral deste trabalho cinge-se a identificação dos responsáveis pela veiculação indevida de imagens de pessoas naturais no ambiente virtual (internet).

É possível demonstrar a enorme pertinência do estudo deste tema quando constatamos que cada vez mais as relações jurídicas empresariais, mormente no que concerne à publicidade tem utilizado a internet como meio de difusão de produtos, serviços ou simples meio de comunicação.

Obviamente, a internet não é “território livre” ou “sem leis” e, justamente em razão disto, se faz necessário que o Direito Virtual torne-se, cada vez mais, estudado pelos juristas e, sobretudo, tratado pelos tribunais com a seriedade, imputando de forma implacável aos que ali operam a responsabilidade por seus atos.

Nesta seara, isto é, na imputação da responsabilidade pelo dano à imagem perpetrado virtualmente, quer na atividade empresarial ou não, que se faz necessário um estudo mais aprofundado, utilizando-se da Ciência Jurídica e da Informática, para a correta atribuição e efeitos indenizatórios.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema em 2009, vejamos a ementa:

RE 548048 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Julgamento: 09/06/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma

AGTE.(S): PRÓ-VIDA DE ANÁPOLIS
ADV.(A/S): ANDRÉ DE MOURA SOARES E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S): DEBORA DINIZ RODRIGUES

DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMAGEM DIFUNDIDA NA INTERNET. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. 1. É inadmissível recurso extraordinário no qual, a pretexto de ofensa a princípios constitucionais, pretende-se a análise de legislação infraconstitucional. Hipótese de contrariedade indireta à Constituição Federal. 2. O Tribunal de origem, a partir do exame dos fatos e das provas dos autos concluiu pela existência de dano moral a ser reparado em razão de divulgação de imagem da parte agravada na rede mundial de computadores sem sua autorização.

Incidência portanto, da Súmula/STF 279. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravado regimental improvido.

Decisão

A Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 09.06.2009.

No caso supra, a Turma Recursal do Juizado Especial Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, julgou procedente a ação movida pela professora Débora Diniz Rodrigues contra o Instituto Pró-vida de Anápolis e Luiz Carlos Lodi da Cruz, determinando aos réus que³: 1) Indenizassem à autora o valor de R\$ 4.250,00 em razão do uso indevido da imagem e por terem atribuído a mesma adjetivos injuriosos; 2) Retirassem do seu site na internet a imagem da Autora⁴ uma vez que não autorizada.

Na situação narrada, torna-se relativamente fácil identificar o responsável pelo comportamento que o Poder Judiciário julgou ilícito, uma vez que o site pertence, estreme de dúvidas a uma pessoa jurídica devidamente estabelecida, bem como, nunca foi negada a autoria da pessoa jurídica e da pessoa natural que realizou o comportamento julgado danoso.

Outro caso de grande repercussão jurídica e na mídia ocorreu quando a modelo Daniela Cicarelli teve sua imagem exposta em vídeo na internet onde praticava atos libidinosos em uma praia. O Tribunal de Justiça de São Paulo, com os fundamentos expostos na primeira parte deste trabalho, determinou

³ Informações colhidas do site <http://www.fundadores.org.br/principal.asp?IdTexto=581&pag=1&categ=33>, acessado em novembro de 2009.

⁴ O site censurado pelo Poder Judiciário é <http://www.providaanapolis.org.br/abomoral.htm> acessado em novembro de 2009.

que fosse retirado o indigitado vídeo do site dos réus (IG – INTERNET GROUP DO BRASIL LTDA., ORGANIZAÇÕES GLOBO DE COMUNICAÇÃO e YOUTUBE INC.), sob pena de multa diária. Esta foi a ementa do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis – Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de tv – Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais [artigos 1º, III e 5º, V e X, da CF] - Manutenção da tutela antecipada expedida no agravo de instrumento nº 472.738-4 e confirmada no julgamento do agravo de instrumento nº 488.184-4/3 - Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em *websites*, por não ter ocorrido consentimento para a publicação – Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção. Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL Nº 556.090.4/4-00, da Comarca de SÃO PAULO, sendo apelantes RENATO AUFIERO MALZONI FILHO E OUTRA e apelados YOUTUBE INC. E OUTRO.

Sem maiores digressões, quando se trata de site cujo titular é organização de imprensa, o Superior Tribunal de Justiça, de forma sumulada, e a meu ver com acerto, entendeu que o autor do escrito, no caso o jornalista responsável pela matéria veiculada, bem como a própria Pessoa Jurídica (empresa jornalística) são responsáveis pelo uso indevido da imagem⁵, sendo-lhes, assim, imputada a devida condenação civil quer pela utilização não permitida, quer por eventual constrangimento em razão da postagem de imagem de alguém.

O problema surge nos ambientes cujos responsáveis são de difícil identificação, vale dizer, por vídeos ou fotos postados em diversos sites sem a informação daquele que filmou, fotografou ou, sobretudo, inseriu na internet

⁵ Súmula 221 do STJ: “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação.”

fotos ou vídeos constrangedores ou sem autorização. Ou ainda, sites que sequer possuem qualquer informação de propriedade.

Neste diapasão, pergunta-se: Quem será o responsável pela indenização? O provedor? O site? A pessoa que filmou ou fotografou? O indivíduo que inseriu a imagem na internet?

Inicialmente, devemos conceituar os termos indigitados no parágrafo anterior, com o seguinte texto colhido do site do Instituto Brasileiro de Direito da Informática:

“Podemos caracterizar a internet como sendo uma rede de computadores ou sistemas informáticos, que se utilizam de uma mesma linguagem, representada por protocolos específicos, dividindo os mesmos espaços informáticos, individualizados por nomes e endereços eletrônicos (interconexão de várias redes).

O Provedor de Serviço de Informações é o órgão, empresa ou entidade que concentra um conjunto de dados e informações em endereços eletrônicos que ficarão à disposição de seus clientes - é assim prestador de serviço de conexão e acesso à Internet.”⁶

Maiores problemas surgem na medida em que não é possível identificar cabalmente o responsável pelo ilícito, quer porque o site não possui “dono” quer porque a postagem foi realizada por pessoa não identificada.

Nesta seara, fundamental é ressaltar o Código Civil:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, **ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.**

⁶ Texto colhido do site do Instituto Brasileiro de Direito da Informática, de lavra de , <http://www.ibdi.org.br/site/artigos.php?id=171> acessado em novembro de 2009.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem **independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação**.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

...

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, **se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação**.
(grifos acrescentados).

Feitas estas explanações, vamos ao que efetivamente é o ponto fulcral deste trabalho, isto é, quem é o responsável civil pelo dano à imagem perpetrada pelos meios virtuais (internet).

Pode-se, assim, tentar consolidar a identificação dos responsáveis e os principais fundamentos jurídicos:

<u>Responsável legal</u>	<u>Principais fundamentos jurídicos</u>
Pessoa natural que fotografou ou filmou e inseriu no ambiente virtual a imagem não autorizada ou ofensiva.	Artigos 5º V, X e XXIII, a, da Constituição Federal. Artigos 11, 12, 20, 21, 186 e 927 do Código Civil. Súmulas 221 e 403 do Superior Tribunal de Justiça.
Pais, tutores, curadores, empregadores ou comitentes, quando	Artigos 927, parágrafo único, 931, 932 e 942 do Código Civil. Súmula 221 do

as pessoas naturais estiverem sob sua guarda ou prestando serviços. Assim, a pessoa jurídica da área de comunicação (imprensa) é responsável pelo ato daqueles (repórteres) que estiverem lhe prestando serviço.	Superior Tribunal de Justiça.
Proprietário do site onde foi hospedado o conteúdo ilícito	Artigos 927, parágrafo único, 932, III e 942 do Código Civil. Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça.

Vejamos algumas decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que corroboram o acima exposto:

Número do processo: 1.0024.08.041302-4/001(1)

Relator: LUCIANO PINTO

Data do Julgamento: 18/12/2008

Data da Publicação: 06/03/2009

Ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - DANO MORAL - OFENSAS ATRAVÉS DE SITE DE RELACIONAMENTO - ORKUT - PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE PASSIVA - REJEIÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA - DEVER DE INDENIZAR - RECONHECIMENTO. QUANTUM INDENIZATÓRIO - FIXAÇÃO - PRUDÊNCIA E MODERAÇÃO - OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA - MAJORAÇÃO INDEVIDA. Restando demonstrado nos autos que a apelante (Google Brasil) atua como representante da Google Inc., no Brasil, fazendo parte do conglomerado empresarial responsável pelo site de relacionamento denominado ""Orkut"", compete-lhe diligenciar no sentido de evitar que mensagens anônimas e ofensivas sejam disponibilizadas ao acesso público, pois, abstendo-se de fazê-lo, responderá por eventuais danos à honra e dignidade dos usuários decorrentes da má utilização dos serviços disponibilizados. Desinfluyente, no caso, a alegação de que o perfil difamatório teria sido criado por terceiro, pois a empresa ré, efetivamente, não conseguiu identificá-lo, informando, apenas, um endereço de e-mail, também supostamente falso, restando inafastável a sua responsabilidade nos fatos narrados nestes autos e o reconhecimento de sua legitimidade para figurar no pólo passivo da lide. Aplica-se à espécie o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que adota a teoria da responsabilidade civil objetiva, estabelecendo que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente

desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. No arbitramento do valor da indenização por dano moral devem ser levados em consideração a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano impingido, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cuidando-se para que ele não propicie o enriquecimento imotivado do recebedor, bem como não seja irrisório a ponto de se afastar do caráter pedagógico inerente à medida.

Número do processo:

1.0512.07.045727-4/001(1)

Relator:

EDUARDO MARINÉ DA CUNHA

Data do Julgamento:

02/04/2009

Data da Publicação:

28/04/2009

Ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - SITE DE RELACIONAMENTOS NA INTERNET ("ORKUT") - CRIAÇÃO DE "PERFIL" DE CONTEÚDO PEJORATIVO E DIFAMATÓRIO - DANOS MORAIS CONFIGURADOS - NÃO-IDENTIFICAÇÃO DO USUÁRIO - RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS PROPRIETÁRIAS DO SÍTIO ELETRÔNICO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - RAZOABILIDADE - TERMO INICIAL DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - DATA DA DECISÃO QUE FIXOU O MONTANTE INDENIZATÓRIO - JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA A PARTIR DO EVENTO DANOSO (SÚMULA 54, DO STJ) - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - VALOR ADEQUADO - DESNECESSIDADE DE MAJORAÇÃO. Não se dispondo as proprietárias do site de relacionamentos a desenvolver uma ferramenta de controle verdadeiramente pronto e eficaz contra a prática de abusos, tampouco procedendo à identificação precisa do usuário que posta mensagem de conteúdo claro e patentemente ofensivo à honra e imagem de outrem, entendo que elas assumem, integralmente, o ônus pela má-utilização dos serviços que disponibilizam. Portanto, considero que as requeridas são, efetiva e solidariamente, responsáveis pelos prejuízos de ordem moral causados ao requerente, em decorrência da infausta postagem de perfil difamatório por usuário do "Orkut", cuja precisa e necessária identificação não se dignaram a fazer. A indenização por danos morais deve alcançar valor tal, que sirva de exemplo para as rés, sendo ineficaz, para tal fim, o arbitramento de quantia excessivamente baixa ou simbólica, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para o autor, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida. A correção monetária da indenização por danos morais deverá se dar a partir da publicação da sentença em que foi arbitrada, posto que, até então, presume-se atual. A responsabilidade civil das requeridas tem natureza extracontratual, de forma que, nos termos da Súmula n. 54, do STJ, os juros moratórios incidirão, sobre o valor da indenização por danos morais, desde o evento danoso. Malgrado o zelo e a diligência adotados pelo patrono do requerente e a média complexidade da causa, não pode ser desconsiderado o curto período de duração do processo, já que, entre a distribuição (14.09.2007, f. 27-v) e a prolação da sentença de primeiro grau (24.04.2008, f. 152), transcorreram pouco mais de sete meses. Assim, tenho que a verba honorária fixada pelo douto julgador primevo, em 15% sobre o valor da condenação, está em consonância ..."

Talvez a maior dúvida existente sobre a identificação dos responsáveis legais pela ofensa ocorre na possibilidade da condenação do provedor pela ofensa à imagem ocorrida na internet.

Duas correntes doutrinárias surgem: A primeira defende a idéia de que o provedor não possui meios de identificar se o conteúdo postado possui caráter ilícito ou não, nem tampouco, designar a pessoa que agiu (postou) indevidamente a imagem, o que acarretaria o rompimento do nexo causal, uma vez que sequer agiu ou omitiu-se em qualquer obrigação legal. Reforça esta posição o fato de que qualquer censura prévia a conteúdo jornalístico, seria grande afronta aos artigos 5º, IX e XII e, 220, parágrafo 2º da Constituição Federal.

A segunda teoria, afirma que o provedor exerce atividade comercial e de risco e, uma vez assumindo o risco passa a possuir, nos termos do parágrafo único do artigo 927 e 931 do Código Civil, responsabilidade objetiva, isto é, independente de demonstração de culpa, conseqüentemente, deverá responder pelo dano causado a alguém perpetrado por intermédio de sua atividade negocial.

Proponho, estudando as duas teses, uma solução intermediária que, concomitantemente não colocaria a vítima sem tutela e, tampouco, atribuiria responsabilidade indevida.

Esta teoria passa por duas fases. A primeira ocorre na identificação do conteúdo ilícito. Assim, uma vez que o ofendido comunicasse ao provedor que determinado conteúdo é ofensivo à sua imagem, obrigatoriamente, incumbiria à empresa virtual a imediata exclusão do conteúdo no ambiente virtual. A segunda fase, que independe da primeira, ocorreria na permanente obrigação do provedor de identificar claramente o responsável pela postagem do conteúdo indevido na *web*.

Com isto, em ambas as fases, ou seja, caso o provedor não retire imediatamente do ar o conteúdo ofensivo ou não identifique claramente o responsável pela postagem, passaria a ter responsabilidade pessoal pela ofensa, arcando com a indenização moral e material que tenha causado à vítima⁷.

CONCLUSÃO

O Direito Civil moderno tem se preocupado contundentemente com a tutela da vítima e não é diferente com a pessoa que sofre dano moral e/ou material em razão do uso não autorizado ou ofensivo à sua pessoa perpetrado pela postagem de sua imagem no ambiente virtual.

Pelo exposto, não há dúvida de que a pessoa natural ou jurídica que fotografou ou filmou e inseriu na internet a imagem indevidamente é o principal causador do dano, bem como, as pessoas responsáveis por ela (representantes legais e empregadores). Ademais, o proprietário do site que hospedar conteúdo ofensivo também deverá arcar com eventual condenação.

Por fim, se o provedor for instado a retirar do site o conteúdo ofensivo e não o faz ou não informa de forma clara e precisa a identificação da pessoa que

⁷ Vale registrar recente decisão do TJMG neste sentido:

Número do processo

1.0512.08.051993-1/001(1)

Relator:

NILO LACERDA

Data do Julgamento:

19/08/2009

Data da Publicação:

14/09/2009

Ementa:

APELAÇÃO - DANOS MORAIS - OFENSAS PERPETRADAS POR MEIO DA INTERNET - ORKUT - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DOS PROVEDORES - CONDUTA OMISSIVA E NEGLIGENTE - RESPONSABILIDADE DE INDENIZAR. É inviável aos provedores o controle absoluto e prévio de todas as informações veiculadas nas páginas de internet que hospedam, pois tal controle prévio poderia, em muitos casos, configurar violação aos princípios constitucionais instituídos pelos art. 5º, incisos IX e XII, da Constituição da República. Ciente de que certa página possui conteúdo difamatório, por respeito ao proprietário da imagem veiculada e também ao seus próprios Termos de Serviço, deve o provedor retirar preventivamente a informação do ar. A não realização de tal retirada configura conduta omissiva ilícita, apta a gerar danos morais indenizáveis.

postou na internet o conteúdo ofensivo, agirá com negligência e também deverá responder civilmente pelo dano causado.