



AMÉRICO RIBEIRO MAGRO
LANDOLFO ANDRADE

MANUAL DE

DIREITO DIGITAL

4ª edição
revista, atualizada
e ampliada

2024



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

9

RESPONSABILIDADE CIVIL E TUTELA DO CONSUMIDOR NO AMBIENTE DIGITAL

O sistema de responsabilidade civil atualmente contemplado no Ordenamento brasileiro é complexo, eis que, além das cláusulas do Código Civil, o fenômeno do constitucionalismo do Direito Civil impõe a observância também das disposições da Constituição Federal, cujos efeitos se irradiam verticalmente, bem como da legislação esparsa, sobretudo o Código de Defesa do Consumidor.

Como já visto, as disposições protetivas do Código de Defesa do Consumidor são plenamente extensíveis aos contratos firmados em ambiente virtual – flexibilidade que se credita à própria natureza do CDC, que representa um microssistema jurídico de caráter interdisciplinar e multidisciplinar, eis que, além de pautado por princípios que são próprios da “ciência consumerista, também se relaciona com outros ramos do Direito, atualizando e conferindo nova roupagem a antigos institutos¹.

1. FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 11.

Seu efeito interdisciplinar decorre justamente da forte carga principiológica que introduziu no Ordenamento em um corte horizontal que alcança “[...] toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional”².

No entanto, sem embargo de gozar, objetivamente, de um campo de aplicação difuso, o CDC, a teor de seu art. 1º³, não deixa de ter uma importante limitação *ratione personae*, visto que aplicável apenas aos contratos onde está presente um consumidor ante um fornecedor de produtos ou serviços.

Assim, “subjetivamente, o campo de aplicação do CDC é especial, regulando a relação de consumo (arts. 4º e 5º)”; mais que isso, trata-se de “um código para agentes diferentes da sociedade ou consumidores em relação entre *diferentes* (um vulnerável – o consumidor – e um expert – o fornecedor)”⁴.

Portanto, em matéria de contratos eletrônicos, notadamente quanto figuram, de um lado, o usuário e, do outro, o provedor de conteúdo que franqueie produtos e serviços, projeta-se autêntica relação de consumo sob apanágio do CDC, independentemente do meio em que se origina e se desenvolva o trato negocial.

9.1 NOVOS DANOS E INTERESSES MERECEDORES DE TUTELA

A disciplina da responsabilidade civil contemplada pelo vigente Código Civil se funda em pontuais dispositivos que, no esteio do

-
2. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. Código de defesa do consumidor interpretado: doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 66.
 3. Art. 1º. O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.
 4. MARQUES, Christiani; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 31.

*princípio da operabilidade*⁵ – conhecido vetor legislativo – consagram cláusulas gerais que estruturam uma teoria geral. Dentre tais é de se destacar o disposto no artigo 944, eixo central da indenização civil e no qual se estabelece o mandamento de que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Trata-se de disposição consagradora que evidencia a adoção, pelo legislador pátrio, do *princípio da reparação integral*, que, sob o enfoque da dignidade humana, força conferir uma maior elasticidade ao conceito tradicional de dano, máxime porque a evolução social e o desenvolvimento tecnológico fazem cogitar de diversas hipóteses de “novos danos” não contemplados pela tradicional dicotomia de danos materiais e danos morais – estes já frutos do rompimento do paradigma patrimonialista do Código Civil de 1916.

Com efeito, se de um lado o advento da chamada “Revolução Digital”, que é a gênese da contemporânea “Era da Informação”, introduz um “admirável mundo novo” para o exercício de direitos e o cumprimento de obrigações, do outro oportuniza, proporcionalmente, novas formas de violações destes e de tradicionais direitos; abrindo, assim, um novo espaço para o estudo da responsabilidade civil.

É que tal evolução social e tecnológica, associada à constitucionalização do Direito Civil, implica no reconhecimento de novos interesses existenciais mercedores de tutela, como bem aponta Anderson Schreiber:

O fenômeno da constitucionalização do direito civil refletiu-se, portanto, também na responsabilidade civil, de

5. Como explicou Miguel Reale por ocasião da apresentação do Código projetado: “O princípio da operabilidade leva, também, a redigir certas normas jurídicas, que são normas abertas, e não normas cerradas, para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo através daquilo que denomino ‘estrutura hermenêutica’. Porque, no meu modo de entender, a estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura normativa. E é por isso que a doutrina é fundamental, porque ela é aquele modelo dogmático, aquele modelo teórico que diz o que os demais modelos jurídicos significam” (REALE, Miguel. Visão Geral do Projeto de Código Civil. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpc.html>).

forma notável. Um novo universo de interesses merecedores de tutela veio dar margem, diante da sua violação, a danos que até então sequer eram considerados juridicamente como tais, tendo, de forma direta ou indireta, negada a sua ressarcibilidade.⁶

No entanto, o estudo da responsabilidade civil na internet não passa incólume às dificuldades inerentes à própria realidade tecnológica, como bem observa Tarcísio Teixeira:

No que diz respeito à responsabilidade civil na internet, não haveria, em tese, maiores problemas em enquadrá-la na legislação brasileira, especialmente no Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. Isso vale tanto para as hipóteses de contratação eletrônica, na esfera da responsabilidade contratual; quanto aos casos de práticas de atos ilícitos, no campo da responsabilidade extracontratual.

[...] O problema surge a partir da dificuldade que os meios eletrônicos trazem no que se refere à busca da responsabilização do agente causador dos danos. Tal dificuldade se dá em razão da árdua e difícil tarefa de localizá-lo, processá-lo, enfim, conseguir a efetiva reparação dos danos (apesar de toda a tecnologia disponível sobre rastreamento e localização do computador utilizado pelo inadimplente ou infrator; sem mencionar a questão da territorialidade, pois a internet possibilita relação entre partes de países diversos).⁷

Tais constatações – isto é, o reconhecimento de novos direitos e, pois, novos danos não contemplados na segregação entre danos materiais e danos morais, bem como a própria natureza dinâmica e intangível da tecnologia da informação – foram conferir enfoque atual ao conceito de dano e estender o alcance ao princípio da reparação integral em moldes mais adequados ao vigente *estado d'arte*; a fim de

6. SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 90.

7. TEIXEIRA, Tarcísio. Curso de Direito e Processo Eletrônico: Doutrina, jurisprudência e prática. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 245.

evitar que, à míngua de previsão normativa, certos (novos) interesses existenciais fiquem descobertos de tutela e, pois, de ressarcibilidade.

Esta nova constatação implica numa valorização do dano como pressuposto da responsabilidade civil, que passa a ser fundamento bastante para legitimar o Judiciário a garantir a *compensação* (quando a *reparação* não é possível em face da natureza não patrimonial do interesse tutelado) das vítimas de danos outrora não previstos pelo legislador como tais.

Como comenta Flávio Tartuce,

Essa conquista desemboca no reconhecimento das novas modalidades de danos a serem reparados. Logicamente, trata-se de normal decorrência da evolução humana. À medida que se reconhecem direitos, que são criadas novas tecnologias e que o ser humano amplia os seus meios de conquistas, também surgem novos prejuízos e, sem dúvidas, novas vítimas.⁸

É deste novo paradigma da responsabilidade civil, consistente no reconhecimento de “novos danos”, que decorrem, à guisa de exemplo, a conhecida Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça⁹ – a admitir uma cumulação tripla de danos estéticos, morais e materiais –, bem como o Enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil, a expressamente ratificar que “a expressão ‘dano’, no art. 944, abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”.

Sem embargo, bem observa Maria Celina Bodin de Moraes¹⁰ que o reconhecimento de novas espécies de danos – decorrente de

8. TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Vol. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Forense: Rio de Janeiro, 2017, p. 528.

9. Súmula 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

10. MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 166.

afirmação da personalidade como valor digno de tutela em todas as suas manifestações, independentemente de serem de tidas ou não direitos subjetivos¹¹ – não se dá em um movimento de única via pelo Poder Judiciário, porque implica, em outro vértice, no esforço impeditivo (porém, nem sempre exitoso) à consagração de uma infinidade de hipóteses que poderiam vulgarizar a reparação das lesões extrapatrimoniais – algo próximo ao que já foi chamado na Itália de “*la commedia dela responsabilità civile*”.

Explica a autora:

Este não é, contudo, um movimento que se dá em uma única direção. Ao contrário, concomitantemente à ampliação das possibilidades de dano moral, verifica-se também a multiplicação de julgados que impedem a criação de novas hipóteses, precedentes que poderiam inspirar uma infinidade de novas demandas, abarrotando o Judiciário e correndo o risco de banalizar a reparação das lesões de cunho extrapatrimonial.

Nem sempre, todavia, os tribunais logram êxito em realisar esse duplo movimento de modo harmonioso – nem poderia ser diferente, tendo em vista a imensa massa de julgados e o pouco tempo de difusão do instituto.¹²

Esse movimento contrário à abertura demasiada de “novos danos” é reforçado pelo resgate do “conceito de dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado”, pela qual se concentra “[...] sobre o objeto atingido – o interessado lesado -, e não sobre as consequências

11. “Direito subjetivo é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento. Manifesta-se como permissão jurídica, com a qual se pode fazer ou ter o que não for proibido, como também exigir de outrem o cumprimento do respectivo dever, sob pena de sanção. Denomina-se subjetivo por ser exclusivo do respectivo titular e constitui-se em um poder de atuação jurídica reconhecido e limitado pelo direito objetivo. Seu titular é determinado e seu objetivo é específico” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 238).

12. MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 166.

econômicas ou emocionais da lesão sobre determinado sujeito”¹³. Com efeito,

A definição de dano como lesão a um interesse tutelado, muito ao contrário, estimula a investigação sobre o objeto da lesão – o interesse da vítima efetivamente violado pelo ofensor –, a fim de se aferir o seu merecimento de tutela ou não, possibilitando a seleção dos danos ressarcíveis.

[...] Pode-se concluir que a experiência jurídica brasileira, embora partindo de uma noção abertíssima de dano – pela própria ausência de definição ou limite legislativo – vem sendo, sobretudo diante do reconhecimento dos danos extrapatrimoniais, compelida a fechar-se gradativamente, em busca de uma noção menos abrangente de dano ressarcível, que permita a seleção dos interesses mercedores de tutela indenizatória. O desafio que, hoje, se impõe aos juristas brasileiros é justamente o de definir os métodos de aferição deste merecimento da tutela, reconhecendo a importância da discricionariedade judicial na tarefa, mas sem deixa-la exclusivamente ao arbítrio dos tribunais.¹⁴⁻¹⁵

13. SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106/107.
14. Idem.
15. A propósito, a atenuação da excessiva discricionariedade judicial quanto à seleção dos interesses mercedores de tutela também busca evitar a consumação de fenômenos péfidos como a da chamada jurisprudência defensiva, a qual, como bem pontuam Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Fernando Moreira Freitas da Silva, constitui “uma ferramenta utilitarista para o julgamento do maior número de processos, em um menor tempo possível, sem qualquer esforço para enfrentar o mérito do recurso” (AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; SILVA, Fernando Moreira Freitas da. A jurisprudência defensiva dos tribunais superiores: a doutrina utilitarista mais viva do que nunca. In: Lamy, Eduardo de Avelar; Marin, Jeferson Dytz; Villatore, Marco Antônio Cesar (org.). XXIII Encontro Nacional do Conpedi/UFSC – (Re)pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas. 1ª ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 16/17). Explicam os autores: “Em nome da felicidade geral dos julgadores e de toda a população brasileira, que tem a falsa impressão de possuir cortes superiores céleres e eficientes à sua disposição, nega-se o acesso à justiça, apegando-se a exacerbados formalismos. Olvidam-se os tribunais superiores de que o compromisso institucional de todo o Poder Judiciário, e não apenas dos órgãos de instância ordinária, é com a justiça. [...] O acervo processual e o volume de processos distribuídos anualmente aos tribunais superiores são preocupantes e exigem soluções, tais como a repercussão geral da matéria, o julgamento de recursos repetitivos, a estruturação dos gabinetes com pessoal suficiente, o aumento do número de ministros, a informatização dos

De todo modo, além da definição de dano como lesão a interesse tutelado, o reconhecimento de novos danos também implica na relativização do dogma tradicional de irreparabilidade do dano futuro, desafiado que é pela possibilidade de que na atual sociedade tecnológica se enfrente lesões cujos efeitos são diferidos *a posteriori*, porque não verificados no presente.

É o que ponderam Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] Em regra, não se indeniza o dano futuro, pela simples razão de que dano ainda não há. Diz-se "em regra" porque a evolução social fez surgir questões e anseios que desafiam a ideia de irreparabilidade do dano futuro. Inúmeras hipóteses de "novos danos", próprios da sociedade tecnológica, apresentam lesões a bens jurídicos que, segundo os especialistas, configurarão danos projetados para o futuro, ainda que não identificados no momento presente. [...] A tendência é de se aceitar a reparação do dano, mesmo quando sua extensão só se possa identificar no futuro, desde que, ao tempo da responsabilização, já se possam verificar os fatos que, com certeza ou com razoável probabilidade, darão ensejo a prejuízos projetados no tempo. A adoção da ideia de "razoável probabilidade" não afasta os requisitos da certeza e da atualidade do dano, apenas os relativiza de forma não muito diversa daquela que já é adotada pelo ordenamento positivo com relação aos lucros cessantes.¹⁶

Agrava, ainda, que a reparação dos danos nem sempre se limitará a indenizações em dinheiro (embora estas sejam as mais frequentes), sobretudo quando a ofensa atingir interesses difusos e coletivos

processos, dentre outros. Porém, repita-se, jamais buscar uma solução utilitarista apegada a formalismos exacerbados, sob pena de violação à própria justiça" (idem).

16. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – Vol. 1. 3ª ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 338.

que, pela própria natureza, não podem ser restabelecidos a um *status quo ante* e, assim, são de árdua reparabilidade.

Esta questão da dificuldade de reparação dos danos difusos é assim explicada, com a didática de sempre, por Flávio Chaim Jorge¹⁷, ao tratar especificamente dos danos sofridos por consumidores:

A distinção que se pretende fazer é demonstrar que a responsabilidade por danos difusos e coletivos, nem sempre estará voltada para uma indenização. [...] Os direitos difusos e coletivos, não somente relacionados aos consumidores, mas em termos gerais, são de difícil reparabilidade. Na maioria das vezes, não há como voltar ao 'status quo ante', onde pela simples reparação, estaria revertida a situação causada pelo dano. Por exemplo, como se repararia o dano proferido a um patrimônio histórico de milhões de anos? Com certeza, não seria da mesma forma que se repararia o dano oriundo de um acidente de trânsito. Quanto aos danos sofridos pelos consumidores ocorre da mesma forma, ou seja, na maioria das vezes, existe a impossibilidade de uma indenização voltar ao 'status quo ante'. Assim, devemos entender, como ressarcimento do dano, aquela reparação que melhor proporcionar a satisfação dos consumidores.

É por isso que, sem ignorar as dificuldades impostas pelo ineditismo do debate, passa a tratar de temas de responsabilidade civil que circundam interações no ambiente digital, sobretudo aqueles que envolvem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

9.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO À IMAGEM

No universo da responsabilidade extracontratual a preocupação com a ressarcibilidade dos novos danos é demasiado relevante no

17. JORGE, Fernando Pessoa. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 1999, p. 478.

que tange à proteção aos direitos da personalidade na internet, aqui entendidos, na objetiva definição de Schreiber¹⁸, como os “atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas”¹⁹.

Como bem diferencia o citado autor (*idem*), a despeito de alguma confusão terminológica, os direitos da personalidade consistem em projeção, nas relações privadas, dos direitos humanos contemplados no plano do direito internacional público e dos direitos fundamentais positivados no direito constitucional interno de cada estado soberano – como é o caso brasileiro, que contempla longo catálogo a esse título.

Assim, “[...] a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional”²⁰.

Em todos – direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos – o fundamento e o valor tutelado são os mesmos, isto é, a dignidade humana, que na lição de Luís Roberto Barroso²¹, é um valor fundamental e um princípio jurídico de status constitucional que “funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais”.

18. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13.

19. “Direitos da personalidade são aqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o *minimum necessário* e imprescindível ao seu conteúdo... sem os quais à personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que vale dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal” (DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p. 17).

20. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13.

21. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 64.

Nesse vértice, o princípio da dignidade humana, cuja tutela se projeta nas relações privadas sob a forma dos direitos da personalidade, possui papéis múltiplos, seja como fonte de direitos e deveres não expressamente enumerados, seja como vetor interpretativo de direitos já existentes e colmatador de lacunas no Ordenamento, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, assim como controladora de leis violadoras a seu conteúdo jurídico²².

Quanto aos direitos da personalidade em si, longeva construção doutrinária houve por bem sistematizar suas várias características, que os situam em posição diversa a dos demais direitos relevantes no plano privado.

Como resume Regina Beatriz Tavares da Silva²³ são características peculiares aos direitos da personalidade: a *essencialidade*, porque tocam na natureza do homem e transcendem o Ordenamento positivo; a *originalidade*, já que inerentes à pessoa humana; *vitalicidade*, porquanto persistem durante toda a vida, embora também tenham reflexos após a morte (v.g., direitos autorais); oponibilidade “erga omnes”, pois podem ser exercidos contra todos; a *extrapatrimonialidade*, já que, embora deles decorram outros direitos que podem ser investidos economicamente, de per si não possuem conteúdo econômico; e a *intransmissibilidade e irrenunciabilidade*, conforme disposição expressa do art. 11 do Código Civil Brasileiro, pelo qual “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”²⁴.

22. BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 66.

23. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Sistema protetivo dos direitos da personalidade. In: Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação. Regina Beatriz Tavares da Silva; Manoel J. Pereira dos Santos (coord.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18/19.

24. Vide Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF): “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja

Sem embargo das múltiplas classificações dos direitos da personalidade encontradas na literatura civilista, é ponto comum que dentre tais seguramente se encontra o direito à imagem, que, como já visto em capítulo anterior, a Constituição Federal assegura como *inviolável* (art. 5º, 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”) e *ressarcível* (art. 5º, V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”).

Para Regina Sahm, ao talhar o dano à imagem (inciso V) do direito à imagem (inciso X), o Constituinte garantiu uma tutela do direito de imagem não limitada à imagem original e à imagem-retrato:

Ao consignar o dano à imagem, distinto do direito à imagem do inciso X do art. 5º, cria a tese de que a tutela não mais se restringe à imagem original, que tem o corpo como seu suporte, e à imagem-retrato (que é a física, e permite a reprodução). Extrapolam-se os limites do corpo em sua totalidade ou em parte, órgãos, membros, voz, efígie, forma plástica, para abranger a imagem essencialmente de caráter moral. Também a caracteriza como tutelada essencialmente contra atentados perpetrados pelos excessos da liberdade de imprensa e da informação.²⁵

Há também proteção jurídica à imagem no art. 20 do Código Civil: “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

permanente nem geral. Destaque também ao Enunciado 139 da III Jornada do CJF: “Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”.

25. SAHM, Regina. Direito à imagem no Direito Civil contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2002, p. 35.

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”²⁶.

A propósito deste dispositivo, note-se que o legislador infraconstitucional incorreu em equívoco redacional. É que uma interpretação literal do art. 20 permitiria supor, como fazia a tradicional e antiga doutrina, que a imagem não é direito autônomo, mas mero meio para violação de outros “autênticos” direitos da personalidade, como a honra. No entanto, bem explica Anderson Schreiber que não é este o caso, porquanto:

Ao contrário do que sugere o dispositivo, a tutela do direito à imagem independe da lesão à honra. Quem veicula a imagem alheia, sem autorização, pode até fazê-lo de modo elogioso ou com intenção de prestigiar o retratado. Nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior da sua personalidade.

[...] O direito à imagem independe, portanto, do direito à honra. Enquanto o último diz respeito à reputação da pessoa em seu meio social, o direito à imagem exprime o controle que cada pessoa humana detém sobre ‘qualquer representação audiovisual ou tátil’ da sua individualidade, ‘alcançada por instrumentos técnicos de captação, como filmes, teleobjetivas, registros computadorizados, bem como pela ação artística da criatividade humana nas telas de pintura, na escultura de qualquer tipo, inclusive artesanato’. O uso não consentido da representação externa da pessoa configura, por si só, violação ao direito de imagem,

26. Vide ADI nº 4815, relatoria da Min. Carmem Lúcia e julgada em 01/02/2016, pela qual o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, “para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes”.

cuja autonomia vem reconhecida no art. 5º, inciso X, da Constituição da República.²⁷

De todo modo, bem observa Carlos Maluquer de Motes que no conceito de imagem se deve incluir qualquer forma de reprodução:

Cabe incluir en el concepto de imagen cualquier reproducción que se realice de ésta. Así, dibujo, grabado, fotografía, pintura, etc., puesto que cualquiera de ellos reproduce la imagen usual, de manera que siempre es preciso el consentimiento expreso del titular, sin que pueda incluirse la utilización de la caricatura, que pueda ser objeto de publicación que se realice o reproduzca de acuerdo con el uso social.²⁸

Com efeito, o direito de imagem tem sua violação pela simples reprodução não consentida da representação externa de uma pessoa, independentemente do meio, mas disso não se pode deduzir que constitua direito absoluto, máxime quando houver um interesse legítimo que justifique razoavelmente a veiculação da imagem alheia, assentado, *v.g.*, na liberdade de informação ou de expressão (intelectual, artística, jornalística, científica, etc.). Nesse caso, deve-se lançar mão de uma ponderação concreta entre o direito à imagem e os interesses (também constitucionalmente protegidos) envolvidos na sua divulgação – sobretudo a liberdade de informação – eis que ambos gozam de proteção jurídica.

Sem embargo, tomando por base o art. 20 do Código Civil se vê que o legislador já cuidou de eleger as condições para que o interesse na preservação da própria imagem prevaleça sobre o interesse, fundado na liberdade de informação, que envolva a reprodução externa da imagem alheia. Observa Schreiber que tais condições são:

27. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 105/106.

28. MOTES, Carlos Maluquer de. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: Bosch, 1993, p. 39.

(i) que inexista autorização para divulgação; (ii) que inexista, na divulgação, utilidade para a administração da justiça ou para a manutenção da ordem pública; (iii) que a divulgação possa repercutir negativamente sobre a honra, fama ou respeitabilidade do titular da imagem, ou que, mesmo sem tal repercussão, se destine a divulgação a fins comerciais.²⁹

Mesmo assim, em certos cenários a ponderação pode ser praticamente perniciosa. É que, não raro, na busca pela definição de quais interesses são merecedores de tutela (notadamente quando inexistente correspondência desses com um direito subjetivo positivado), visando a aferição do dano, o operador acaba por “importar” a técnica da ponderação nos moldes definidos pela práxis constitucionalista, sem se ocupar de adaptá-lo às peculiaridades da responsabilidade civil.

Esta falta de cautela é por demais grave em se tratando da avaliação de casos difíceis de responsabilidade civil que se originam da internet ou que decorram de tecnologia baseada na rede mundial de computadores – como é o caso dos recentes, e alarmantes, “deepfakes”.

“Deepfakes” – neologismo derivado da junção das expressões inglesas “deep learning” (“aprendizado profundo”, que é um subcampo da ciência da computação) e “fake” (“falso”) – é o nome dado à manipulação digital de sons, imagens e vídeos que visa a imitação de um indivíduo ou fazer parecer com que ele tenha feito alguma coisa de um modo realista a ponto de impedir que um observador incauto detecte a truncagem³⁰.

Tratam-se, portanto, de montagens sofisticadas, cuja precisão em termos de verossimilhança auditiva e/ou visual reside na utilização

29. SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 151.

30. CHESNEY, Robert. CITRON, Danielle. Deep Fakes: A Looming Crisis for National Security, Democracy and Privacy? Disponível em: <https://www.lawfareblog.com/deep-fakes-looming-crisis-national-security-democracy-and-privacy>.

de algoritmos (a rigor, redes neurais³¹) de aprendizado de máquina combinados com softwares de reconhecimento facial – ambos de custo aquisitivo fácil e utilização intuitiva – cujo emprego remonta a programas de tratamento de imagens (v.g., “Photoshop”) e para “treinamento” de algoritmos de uso lícito, como os médicos.

O perigo, no entanto, reside no seu emprego ilícito: a tecnologia “deep fake” pode ser utilizada para inserir as faces de indivíduos em determinado dado audiovisual sem sua permissão. Na prática, o resultado mais comum é a veiculação de vídeos de indivíduos aparentemente fazendo ou dizendo coisas que, em realidade, nunca fizeram (idem).

Com efeito, trata-se de uma “evolução” do já abordado, e perigoso, fenômeno das “fakenews”, com um agravante de que, por serem extremamente fidedignas e porque a reprodução audiovisual é naturalmente mais persuasiva do que a simples mensagem escrita, tais montagens computadorizadas gozam de elevada eficácia no cumprimento de seu subjacente intento insidioso, qual seja, parecerem verdadeiras com o único propósito de facilitar o engodo do observador, passando uma (falsa) percepção de legitimidade e credibilidade que o autor da fabricação sabe inexistir.

Não é preciso muita criatividade para determinar o destino do conteúdo audiovisual criado pelas “deepfakes”: atualmente já se tem notícia de figuras públicas, como atrizes e atores de renome, que tiveram rostos inseridos em vídeos de sexo explícito, posteriormente distribuídos em sites específicos ou em comunidades sociais de grande base de usuários, como *Facebook* e *Youtube*. Nesses casos, o intento

31. Os mais comuns são os “generative adversarial network” (GAN), tecnologia do ramo do aprendizado de máquina (subcampo da ciência da computação) que funciona mediante a confrontação de duas “redes neurais”, uma que gera conteúdo baseado em análise prévia de uma base de dados e a outra que tenta analisar a falsidade ou inexatidão da informação produzida, deixando-a, assim, cada vez mais precisa e convincente a cada “teste” (The hottest trend in AI is perfect for creating fake media. Disponível em: <https://qz.com/1230470/the-hottest-trend-in-ai-is-perfect-for-creating-fake-media/>).

do autor do vídeo manipulado pode ser o de extorsão, mediante exigência de pagamento para remoção do conteúdo, ou para fins de exposição vexatória e constrangimento da vítima.

Como explica John Villasenor:

As deepfakes podem ser utilizadas para fins altamente perturbadores. Candidatos em campanha eleitoral podem ser alvo de vídeos manipulados em que figurem dizendo algo que pode prejudicar as suas candidaturas. As deepfakes também já são empregadas para falsear a participação de indivíduos em vídeos pornográficos nos quais, em verdade, nunca participaram. Dado seu grande realismo, as deepfakes podem embaralhar a compreensão da verdade de múltiplas maneiras. Ao explorar a inclinação humana de acreditar nas evidências testemunhadas com nossos próprios olhos, podem transformar ficção em fato. E à medida nos que tornamos mais acostumados com sua existência, também implicam em um efeito corolário e subsequente: minam a confiança em qualquer tipo de vídeo, inclusos aqueles que de fato são autênticos. A própria verdade se torna ilusória, porque não se consegue mais discernir entre o que é real e o que não o é.³²⁻³³

No caso de um indivíduo que tenha seu rosto, voz, corpo, traços corporais, ou mesmo sua forma plástica, inseridas, mediante manipulação informática e sem seu consentimento, em gravações,

32. VILLASENOR, John. Artificial intelligence, deepfakes, and the uncertain future of truth. Disponível em: <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2019/02/14/artificial-intelligence-deepfakes-and-the-uncertain-future-of-truth/>.

33. Tradução nossa. No original: "Deepfakes can be used in ways that are highly disturbing. Candidates in a political campaign can be targeted by manipulated videos in which they appear to say things that could harm their chances for election. Deepfakes are also being used to place people in pornographic videos that they in fact had no part in filming. Because they are so realistic, deepfakes can scramble our understanding of truth in multiple ways. By exploiting our inclination to trust the reliability of evidence that we see with our own eyes, they can turn fiction into apparent fact. And, as we become more attuned to the existence of deepfakes, there is also a subsequent, corollary effect: they undermine our trust in all videos, including those that are genuine. Truth itself becomes elusive, because we can no longer be sure of what is real and what is not".

imagens ou vídeos truncados, é seguro que lhe assistirá direito ao ressarcimento, eis que ofendido em seu direito à imagem. No entanto, cabe perquirir em tais casos qual o dano ressarcível e qual a sua categoria em específica.

Para aferição do dano, é útil o emprego do método idealizado por Anderson Schreiber, dividido em 04 etapas, assim discriminadas:

(I) Exame abstrato de merecimento de tutela do interesse lesado: Em primeiro lugar cumpre verificar se o interesse dito lesado corresponde a um interesse merecedor de tutela em abstrato, ou seja, se vem protegido por alguma norma do ordenamento jurídico.³⁴

No caso das “deepfakes” a resposta é positiva: o interesse digno de tutela é a utilização e/ou veiculação não consentida de sua imagem (amplamente considerada), que está assegurada tanto na Constituição Federal, como no Código Civil, revestindo-se como direito fundamental e, pois, como direito da personalidade.

(II) Exame abstrato de merecimento de tutela do interesse lesivo: Identificada a norma que tutela o interesse alegadamente lesado, faz-se necessário verificar se o interesse representado pela conduta lesiva é igualmente merecedor de tutela.³⁵

Na hipótese em análise, a resposta também é positiva, eis que se pode cogitar que, afora de manipulações estritamente antijurídicas (como vídeos de conteúdo sexual ou que simulem a prática de ilícitos de ordem civil ou penal), o autor da montagem esteja amparado pela liberdade de expressão, sobretudo tratando-se de vítima que se apresente como figura pública.

34. SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 162.

35. SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 163.

(III) Existência de regra legal de prevalência entre os interesses conflitantes: Sendo abstratamente tutelados o interesse consubstanciado na conduta e o interesse lesado, cumpre verificar se o legislador estabeleceu, de alguma forma, uma regra de prevalência entre os dois interesses conflitantes.³⁶

No caso, como já visto, de fato há norma específica para solução do conflito de interesses, isto é, o art. 20 do Código Civil. No caso das “deepfakes” é aparentemente impossível que montagem de tal ordem se preste à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, embora possa ser objeto de autorização do titular da imagem. Desse modo, resta que, fatalmente, o desrespeito à prevalência do interesse determinado pelo legislador civil gera um dano ressarcível. No entanto, fosse o caso de inexistência de regra legal de prevalência específica, restaria autorizado ao julgador se socorrer de técnica de ponderação (adaptada à realidade civilista) para solucionar o embate entre os interesses em conflito.

(IV) Inexistência de regra geral de prevalência entre os interesses conflitantes: inexistindo regra de prevalência estabelecida pelo legislador ou afigurando-se inaplicável tal regra por invalidade ou inadequação, cumpre ao Poder Judiciário ponderar os interesses em conflito, definindo a relação de prevalência entre eles, com base na leitura das circunstâncias concretas à luz do ordenamento jurídica.³⁷

Não é o caso das “deepfakes”, eis que como repetidamente insistido, a regra de prevalência específica. Não houvesse, porém, ou fosse a regra de prevalência infraconstitucional e reputada inválida ou, ainda, não possuísse conteúdo normativo suficiente para abranger o

36. SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 164.

37. SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 166.

caso analisado, caberia se socorrer da ponderação judicial, que permitirá “que se delimite a área de atuação legítima de cada interesse na situação fática em análise, verificando-se se houve ou não invasão desta área, e conseqüentemente, dano ressarcível”.³⁸

Verificado que no caso das “deepfakes” há, por regra, dano ressarcível, cabe perquirir qual a natureza de tal dano.

Escudando-se nos ensinamentos de Maria Celina Bodin Moraes³⁹, pode-se postular que se tratando de direito da personalidade, a violação do direito à imagem em razão da manipulação audiovisual não consentida ou a veiculação de manipulação anteriormente feita constitui dano moral, dado que violador da dignidade da dignidade humana, aqui manifestada, em seu substrato material, no *princípio jurídico da integridade física e moral*, isto é, na tutela da integridade psicofísica.

Explica a autora:

Na esfera cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir numerosos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), instituindo, hoje, o que se poderia entender como uma amplíssimo ‘direito à saúde’, compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social. [...] Exemplificativamente, devem considerar-se como violações ao princípio da integridade psicofísica, além dos chamados danos corporais, os danos causados à imagem, à honra, à privacidade, entre outros, que consubstanciem a categoria de danos psíquicos – a estes.⁴⁰

Finalmente, deve-se observar que a natureza de dano à imagem não exclui, potencialmente, a possibilidade patrimonial, eis que, con-

38. SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 167.

39. MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 62.

40. MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94 e 101.

forme raciocínio esposado por Semy Glanz, a imagem pode ser dotada de valor comercial:

Realmente, os bens da personalidade, como a honra, a privacidade e os demais, não são bens negociáveis, em princípio, não têm valor comercial, mas fazem parte do que podemos chamar de ‘patrimônio imaterial’, em que se alinham os direitos da personalidade. Por isso, sua violação admite que sejam reparados por quantias em dinheiro. Quem duvida, por exemplo, que uma atriz conhecida possa receber dinheiro para admitir que se divulgue a sua imagem, ou que sua imagem (ou retrato) seja usada para fins de propaganda comercial? Ora, se a imagem pode ser negociada, se um autor ou jogador de futebol recebe pagamento pela autorização de usar sua fotografia, é porque esse direito tem valor em dinheiro.

[...] Tais exemplos levam a refletir que os direitos da personalidade, quando lesados, sofrem danos patrimoniais, podendo ser avaliados para a reparação. Podemos distinguir para nós dois patrimônios: o material e o moral, ambos suscetíveis de avaliação pecuniária. Assim, qualquer dano moral causado pela internet pode e deve ser indenizado, bem como avaliado em dinheiro.⁴¹

Esta constatação demonstra, uma vez mais, que o advento de novas tecnologias, embora desafie os limites do silogismo jurídico, não podem servir de escusa para deixar interesse sem tutela e dano sem ressarcimento. Pelo contrário, hão de ser encarados como inventivo e comprovação que operabilidade da lei, sobretudo a idealizada pelo pátrio Código Civil, pode ser de fato alcançada com sucesso, mas também depende da atividade judicante ponderada e da sagacidade da doutrina, sempre atual em sua análise para situações de dano que, de tão novas, sequer ainda bateram ao Judiciário – como é o caso

41. GLANZ, Semy. Internet e Responsabilidade Civil. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery Doutrinas essenciais de responsabilidade Civil. Vol. III: Direito Fundamental à Informação. São Paulo: RT, 2010, p. 924/925.

das “deep fakes” – embora a prática evidencie que tal realização seja apenas questão de tempo.

9.3 A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE SITES DE RELACIONAMENTO POR DANOS DECORRENTES DE CONTEÚDO GERADO POR TERCEIROS

Dado o próprio dinamismo inerente às tecnologias baseadas na rede mundial de computadores, um campo fértil ao estudo da responsabilidade civil na internet se dá em especial quanto à responsabilidade pelo conteúdo. Conforme Patrícia Peck Pinheiro:

Considerando que é o conteúdo que atrai as pessoas para o mundo virtual e que ele deve estar submetido aos valores morais da sociedade e atender aos critérios de veracidade, é importante determinar os limites de responsabilidade dos provedores, dos donos de websites, das produtoras de conteúdo, dos usuários de e-mail e de todos os que tenham de algum modo participação, seja em sua produção, seja em sua publicação.⁴²

Dentre os temas concretos de interesse do estudo responsabilidade civil, chama atenção o grande o número de ofensas à honra dos usuários de sites de relacionamento na rede mundial de computadores.

As vítimas dessas ofensas têm batido às portas do Poder Judiciário para pleitear a reparação dos danos morais sofridos, alegando, em regra, que os provedores desses sites são civil e objetivamente responsáveis por esse tipo de serviço, quando prestado de forma defeituosa.

No ponto, a questão cinge-se a determinar se provedor de rede social de relacionamento via internet pode ser responsabilizado por

42. PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 62.